商法通则立法研究

SHANGFA TONGZE LIFA YANJIU

苗延波 著

知识产权出版社

版权信息

书名:商法通则立法研究

作者:苗延波

ISBN:9787802470514

本书由知识产权出版社授权中信联合云科技有限责任公司电子版制作与发行

前言

在2007年11月召开的中国法学会商法学研究会2007年年会上，商法通则的立法问题被列为了会议的第一个重要议题。在会上，许多民商法学家明确提出应当立即开展商法通则立法的研究工作，并且提出应当尽快向全国人大常委会法制工作委员会提交立法建议，以赢得国家最高立法机关的重视和认可。2007年12月在全国人大常委会法制工作委员会召开的一次立法技术研讨会上，又有学者提出了商法通则的立法建议。因此，商法通则的制定已经成为了目前中国民商法学界和立法界一个十分关注的问题。为了积极配合和策应商法通则的研究和立法工作，本书紧紧围绕中国商法通则的制定问题，就中国商法通则的概念、定位、制定商法通则的必要性和可行性、制定商法通则的基本原则、商法通则的体系结构、商法通则的调整范围、商法通则对商事主体的规范、商法通则对商事行为的规范、商法通则对商事人格权的规范、商法通则对商业登记的规范、商法通则对商业账簿的规范以及商法通则对商事责任的规范等关系到在制定商法通则中必须涉及和研究的基本理论和实践问题，进行了研究和探讨，提出了作者的见解和具体建议。为了更好地促进商法通则的制定工作，作者还草拟了一份《中华人民共和国商法通则》草案建议稿，供立法者和研究者参考。

在本书写作过程中作者也得到了一些法学界和法律界人士的鼓励和帮助，在此笔者致以深深地谢意。

苗延波

2008年1月30日

第一章 商法通则概述

第一节 商法通则的概念

一、通则及商法的概念

通，有一般、普通之意，[注]则，有规章、条文、规程之意。[注]通则即适合于一般情况的规章、规则。[注]

对于商法概念的界定，目前在中国商法学界众说纷纭，莫衷一是。据笔者初步统计，比较有代表性的主要有以下一些观点：

一是从商事关系的角度定义商法，即商法“是调整商事关系的法律规范的总称”[注]。

二是学者模仿民法定义，认为“商法是由调整商事财产关系和商事人身关系的法律规范组成的有机联系的法律规范体系”[注]。

三是从商事或商事活动的角度定义商法，认为商法“是调整商事活动的法律规范的总称”[注]。

三是从商事关系的具体内容的角度将商法界定为：“商法是规范市场主体（商人）和现代市场行为（商行为）法律规范的总称，一般包括‘商组织法’和‘商行为法’两大部分的内容”[注]。

四是认为“在大陆法的思维和背景下，‘商法’只能是指私的调整各种经济贸易关系的法，属于民法范畴，又必然包含着民法”[注]。

五是认为商法是“规范关于商事（交易）之法律”，并将其区分为形式意义上与实质意义上之商法。形式意义上商法指民商分立国家所

制定而以“商法”命名的法典，即指经过制定法典程序之商法法典，至于其单行的商事特别法，是否均以“商法”命名，则可不受限制。实质意义上的商法，则指以商事为其规范对象之各种法规而言，就法律形式言之，则无所谓商法法典，凡有关商事的规定，或分别编入民法法典，或另订商事单行法规，均属商法范畴。[注]

六是认为，“商法又称‘商事法’，它是指规制营利性主体的经营性活动，调整由其所生的商事关系的法律规范的总称”。[注]

七是认为，“商法是指调整商事交易主体在其商行为中所形成的法律关系，即商事法律关系的法律规范的总称。”[注]

此外，还有许许多多关于商法定义的论述。笔者认为，欲给商法下一个完全全面、客观的定义，是不可能的，这个定义主要的目的是为了揭示出商法的本质特征和商法的调整对象，使得人们通过这个定义能够比较容易地理解商法的基本含义和内容就可以了。由此，笔者认为，以下的这个定义就足以让读者明了商法的基本含义了：

商法是指调整因商事主体及其他主体所从事的商事行为而形成的社会关系即商事关系的法律规范的总称。可以更加简洁地将其定义为：商法是指调整因商事行为而形成的商事关系的法律规范的总称。

这里有四个层次的内容：

一是商法是以商事关系为其调整对象；

二是商事关系是平等商事主体之间所形成的经济关系；

三是商事关系是商事主体基于营利目的而形成的经济关系；

四是这种商事关系是以商事主体的商行为所形成的经济关系。

这里的商事主体，须是商法上确认和规定的主体，在中国主要包括商法人（如公司、企业）、商个人（如个体工商户、独资企业、农村承包经营户）及商合伙（如合伙企业）等。商主体须有商事权利能力和商事行为能力，且是商事活动的参加者。

这里的其他主体，是指商事辅助人（包括代理商、居间商、行纪商、商业经理人等）及其他即使法律尚未明确其法律地位，但在社会上已经存在的商事活动的参加者，如尚未经登记或注册的任意商人（如活跃于城乡间的农林业经纪人等）。

所谓商事关系即法律所确认和调整的社会生活关系，它具有有价性和法律性。包括行为、物、精神产品、信息等等。

所谓经济关系，主要即指以营利为目的而形成的关系。如商事买卖、拍卖、抵押等。

所谓商行为它是指依商法所规定的商事主体以营利性营业为目的而从事的行为。关于此问题，笔者将在本书以后的章节中论述。

所谓法律规范，可以从如下两点进行理解:

首先，从商法的表现形式来看，可以将商法划分为形式意义上的商法和实质意义上的商法。形式意义上的商法，是指采民商分立立法例的国家，在民法典之外制定的以“商法”命名的法典，其内容主要包括商主体与商行为之界定与创设等商法的一般规则以及商事公司、票据、保险、破产、海商等基本制度。在大陆法系国家中，法国、德国、奥地利、比利时、卢森堡、希腊、西班牙、葡萄牙、埃及、日本、韩国、巴西、智利、阿根廷等国均制定有商法典。形式意义上的商法概念理论着眼点为规范的表现形式和法律的编纂结构，它以法律文件的表现形式即商法典作为商法概念的界定基础。由于各国法典编

寨的原则不同，形式意义上的商法又可分为主观主义立法例、客观主义立法例与折中主义立法例等三种主要类型。

实质意义上的商法是指一切调整商事关系的法律规范的总称。它不以商法典作为商法概念的界定基础；商法的形式包括各种有关商事专门法规；商法规范不仅仅存在于商法典之中，而且还大量地存在于民法、行政法以及其他法律、法规和判例之中。

其次，从商法所包括的范围来划分，可以将商法分为广义的商法与狭义的商法。这种分类是对实质意义上的商法的再次划分。广义的商法则包括全部商事法律部门，即不仅包括规定商主体与商行为等基本制度的商法典，而且包括与商事交易活动密切相关的各种法律，如规定公司、票据、商业银行、保险、运输、信托、工商权利保护等内容的法律。此外，还有学者认为，广义的商法包括国际商法与国内商法。其中，国际商法指的是国际法上的商事法规，如国际邮政条约、电讯条约、船舶碰撞与海难救助统一公约以及其他有关商事公约，两国间友好通商航海条约，国际间共同遵守的商事习惯法等。国内商法指的是关于国内之商事法规，又可分为商事公法与商事私法：商事公法系指公法上有关商事规定，散见于各种公法之中，其本身并无完整体系，如宪法、行政法、刑法、诉讼法、非诉事件程序法中有关商事规定等；商事私法指的是私法上关于商事之法规，在民商分立国家表现为商法典、商事特别法以及有关商事习惯法等形式，在民商合一国家则表现为民法典中的商事规定、关于商事的民事特别法以及有关商事习惯法等形式[注]。狭义的商法仅仅指商法典及其附属法规，如商法典及其施行法等。从性质上讲，狭义的商法属于国内商法中之商事私法，商事公法则并不包含在内。

中国目前尚不存在形式意义上的商法。关于是否制定形式意义上的商法典问题，中国商法学者间存在着极大的争论。许多商法学者认为应当制定与中国市场经济建设实践相适应的商法典。

事实上，在中国，实质意义上的商法早已大量存在。不仅仅在诸如传统的民法、经济法、行政法等法律法规中存在着大量的调整商事交易主体及其所从事的商行为的法律规范，而且还陆续制定了一大批商事特别法，如公司法、票据法、银行法、保险法、信托法、海商法等。事实上，这样的单行商事法不仅大量存在，而且由于其中许多是近几年制定的，内容已相当完善。此外，形式意义上的商法，也在地方法规中出现了，如深圳特区颁布的《深圳特区商事条例》即属一部地方商事法规性质的形式意义上的商法。

应当说，就中国目前商事立法的现状来看，商事立法还是相当完备的。除了表面上尚缺一部统一的商法典外，较之其他部门法还是比较健全的，经济社会所需要的主要的商事部门的法律、法规体系已经基本建立了起来。

综上所述，笔者认为，商法是指调整因商主体及其他主体所从事的商行为而形成的社会关系（即商事关系）的法律规范的总称。据此，可以更加简洁地将其定义为：商法是指调整因商行为而形成的商事关系的法律规范的总称。

二、商法通则的概念及其基本特征

以上，笔者分别对通则与商法的含义予以了界定，在上述界定的基础上，我们可以轻易地概括出商法通则的含义，即：适用于因商行为而形成的商事关系的普通的、一般性规则的规范性法律文件。

这里至少包含有五层含义：

其一，商法通则是一部规范性法律文件，具有国家法律的特征。

其二，商法通则是一部调整商事关系的法律规范。

其三，商法通则的核心是商事行为。

其四，商法通则是一部有关调整商事行为和商事关系的普通的、一般性的法律规范。

其五，商法通则是中国商法体系的核心，是统率中国商法的基本法律规范。

其基本特征可以概括为以下几点：

（一）是以国家强制力为后盾的国家的基本法律

商法通则是由国家最高立法机关，依照《宪法》和《立法法》规定的法定程序，经过合法的立法程序予以审议、通过的一部国家法律，具有国家法律的一切基本特征。

（二）是中国调整因商行为而形成的商事关系的基本的法律

商法通则是一部有关调整商事行为和商事关系的普通的、一般性的法律规范，其最基本的特征就是其适用的普遍性和一般性，具有调整商行为的基本法律的作用和地位。其所确立的基本原则和制度、规则，适用于一切商事单行法中；一些商事单行法中没有集中规定或者没有规定的、带有商事行为共通性的原则、制度、规则，均体现在商法通则之中，并且直接适用于具体的案件之中，成为司法机构审判的直接法律依据。因此，它是中国调整因商行为而形成的商事关系的基本的法律。

（三）对现行商事单行法起着补充和统率作用

"商法通则"所规定的商事活动的基本原则、规则和制度，归根到底是为了补充商事单行法在规范商事行为和调整商事关系中的不足、疏漏和带有普通性的、无法在一个或者几个单行法中予以集中规范

的、带有共通性的规范，因此，其具有单行法所无法替代的统率的作用。从法律适用上说，当在单行法中无法找到直接的法律依据时，“商法通则”所规定的原则、规则和制度，便可以直接被援用；当单行法所规定的原则和规则与“商法通则”的基本精神相违背时，当以“商法通则”的规定为基准，其还带有纠正、修订的意义。因此，它对现行商事单行法起着明显的补充和统率作用。

（四）在国家整个的法律体系中居于独立的地位，同时又是国家商法体系的灵魂和核心

商法通则既然作为调整因商行为而形成的商事关系的基本的法律，因而，其在国家整个的法律体系中自然具有独立性；同时，它又是国家规范商事活动的基本的法律规范，是其他一切商事立法的核心和基本准则，因而，它必然成为国家商法体系的灵魂和核心。从而构成一个具有中国特色的“商法通则”加商事单行法的完整的商法体系。

---

1. 许嘉璐主编：《汉字标准字典》，辽宁大学出版社2001年8月第1版，第777页。
2. 许嘉璐主编：《汉字标准字典》，辽宁大学出版社2001年8月第1版，第76页。
3. 《新华词典》（2001年修订版），商务印书馆2001年修订第3版，第982页。
4. 覃有土主编：《商法学》，王保树主编：《中国商事法》（新编本），赵万一主编：《商法学》，施天涛著：《商法学》等皆采此观点。
5. 参见寇志新主编：《商法学》，法律出版社1996年版，第1页。
6. 参见赵中孚主编：《商法总论》，中国人民大学出版社1999年版，第3页；《法学词典》（增订版），海辞书出版社1985年版，第867页。
7. 参见徐学鹿主编：《商法教程》，中国财政经济出版社1997年版，第1页。
8. 参见史际春、陈岳琴：《论商法》，载《中国法学》2001年第4期。
9. 参见张国键著：《商事法论》，台湾三民书局1980年版，第7页。刘清波著：《商事法》，台湾商务印书馆1995年版，第1页。刘兴善著：《商事法》，台湾三民书局1984年版，第1页。郑玉波著：《商事法》，“大中国图书公司”1998年版，第2页。梁宇贤著：《商事法论》，中国人民大学出版社2003年版，第3页。
10. 参见董安生等著：《中国商法总论》，吉林人民出版社1994年版，第23页。

11. 参见范健主编：《商法》（第2版），高等教育出版社、北京大学出版社2002年版，第5页。

12. 参见张国键著：《商事法论上台湾三民书局1980年版，第7~8页；刘清波著：《商事法》，台湾商务印书馆1995年版，第1~2页；郑玉波著：《商事法》，大中国图书公司1998年版，第2页。

第二节 商法通则的定位

如何确定商法通则的定位？可以从以下三各方面来考虑：

（1）商法通则是商法中具有一般法意义的商事法律。就法典与单行法的区别而言，“商法通则”与公司法、合伙企业法、独资企业法、证券法、票据法、保险法、商业银行法、破产法、海商法等一样，也是一种单行商事法律，并不是法典——由全面系统调整商事关系的规则缩编而成的法律文件，但它与其他单行商事法律的功能不一样。其他商事单行法律仅调整某一商事领域的商事关系，“商法通则”则涉及整个商事领域，强调其调整商事关系的一般性。换言之，它所提供的商事法律规则，是其他单行商事法律未曾提供而又非常必要的一般性规则。正由于商法通则在商法中具有一般法的意义，它与强调其调整特殊性的其他单行商事法律不会出现重叠、交叉。

（2）商法通则既非民商分立的标志，也非民商合一的典型表现。前者，因为它不是法典；后者，因为它不仅有调整个别领域的单行法，而且还有调整商事关系的一般规则。从这一意义而言，它吸收了民商合一与民商分立的优点，克服了民商合一、民商分离缺陷，是区别于民商合一、民商分立的另一种模式。

（3）商法通则不取代民法在私法领域中的一般法地位。民法与商法是同属于私法的两个法律部门，二者的关系可以界定为：商法是相对地独立于民法的一个独立的法律部门。但是，在实践中，凡商事事项，商法优先适用，民法一般适用、补充适用。这一结论，即使有商法典的大陆法系国家的学者也一直在坚持。

这里还有一个问题，那就是：商法通则作为调整商事关系的一般法意义的规则，它是否代替民法的一般法的功能呢？回答是否定的。因为，民法和商法的关系是就整个民法和整个商法而言的，二者是相对独立、相互依存，又互为补充的。而商法通则作为一般法意义的商事共同性规则，仅是就商法中具有个别领域特征的单行法而言的，它当然包含于商法之中，而不是在商法之外。因此，商法通则的出现，不会改变民法与商法的关系，也不会产生与民法的交叉和边界不清的问题。二者的共同存在不仅不会影响各自在国家法律体系中的地位，而且还会对各自的发展起到相互促进、取长补短的功效。因此，如此定位商法通则，它的边界是清楚的。凡在商法中属于统率性、一般性的规则，均应规定在商法通则中；虽不是明显的统率性、一般性的规则但却是其他单行商事法律和将要制定的单行商事法律中所不可能规定的规则，也应规定在商法通则中。相反，凡属于其他单行商事法律和将要制定的单行商事法律中能够规定的规则，商法通则则不应规定。与民法典相比，商法通则仍属于特别法的性质。凡属于私法的一般规定应由民法解决，即使它现在没有解决，也等待它在制订民法典的过程中解决。凡属于商事事项的特别规则而又不具有个别领域特征的，应由商法通则规定，并且，“商法通则”可以创设特殊规定，诸如商事代理、商事留置、商业账簿、商号、商誉等。这就是商法通则的边界所至。

为了进一步说明这个问题，我们还应当对以下几个问题做一些必要的研究。

一、商法通则与《民法通则》的关系

（一）《民法通则》概说

1、《民法通则》制定的基本情况

（1）制定《民法通则》的必要性

欲研究制定《民法通则》的必要性问题，首先必须回顾一下新中国成立以来民法的起草历程。

建国以来，国家先后开展过三次民法的起草工作。

第一次是1954年。

1949年中华人民共和国成立。1953年，社会主义改造运动基本完成，国民经济从恢复时期进入打规模的有计划的建设时期。1954年第一届全国人民代表大会制定了新中国第一部宪法。一届人大会议后，全国人大常委会办公厅研究室着手研究起草民法的工作。1955年10月至1957年1月完成了民法总则四次草稿，1956年至1957年完成了所有权篇一个最初稿、七个草稿，1955年至1957年完成了债权通则三次草稿、债的履行一次草稿、损害赔偿三次草稿、无因管理三次草稿和不当得利三次草稿，1956年至1958年完成了债法分则中的买卖六次草稿、承揽五次草稿、租赁六次草稿、借贷四次草稿，承揽运送五次草稿，委任四次草稿，信托、行纪四次稿，赠与初稿，基本建设工程包工五次草稿，保管三次草稿，结算二次草稿，供应三次草稿，联营合伙初稿，继承法草稿。但是，那时由于受到大跃进运动和以陈伯达为代表的主张废除商品、货币的思潮的影响，第一次的民法的起草工作被迫停了下来。

第二次是1962年。

在经历了1959年到1961年的严重的灾难之后，1962年，中央在北京举行了扩大工作会议，总结了新中国成立以来中国经济建设的经验教训，提出必须充分发展商品生产、进行等价交换，必须实行按劳分配的原则。在此情况下，毛泽东提出，不仅刑法要制定，民法也需要制定。全国人大常委会办公厅法律室又一次进行民法的起草工作。从

1963年到1964年，先后完成了民法草案（初稿）和三个草稿及两个试拟稿、一个修改稿。但是，时间不长，随着城乡社教运动和“文化大革命”的开始，民法的制定工作又停了下来。

第三次是1979年。

党的十一届三中全会以后，根据邓小平关于“应该集中力量制定刑法、民法、诉讼法和其他各种必要的法律”的指示，1979年2月全国人大常委会成立了由彭真任主任的法制委员会，并且成立了民法起草小组，开始民法的起草工作。1982年制定的新宪法，在全国人民代表大会的职权中专有一项规定，即制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他基本法律。民事方面的基本法律就是指民法。

为什么在当时百废待兴的时期中国对民法的制定如此重视呢？归纳起来，主要有一下几个方面的原因：

其一，国家的工作重心转移的需要。

十一届三中全会把国家的工作重心由阶级斗争转移到经济建设方面来。1982年宪法规定，今后国家的根本任务是进行社会主义四个现代化建设。作为上层建筑的法律，自然要为国家建设的根本任务服务，于是，制定保障经济建设方面的法律，就提到重要的议事日程上来。法律其中的一个重要的任务，就是要把经济经济关系、经济活动的准则，用法律形式规定下来。经济关系和经济活动的准则的一个重要方面就是平等主体之间的横向的经济关系。而调整这种平等主体之间的横向的经济关系的法律主要就是民法和商法，因此，制定民法便成为了当时中国的一个十分紧迫的任务。

其二，经济体制改革的需要。

民法是调整商品经济的基本法律。中国需要民法的根本原因是因为社会主义国家还有商品经济存在，要发展社会主义商品经济就必须要有民法进行调整。关于社会主义国家需不需要商品经济问题，历来是有争议的。斯大林在《苏联社会主义经济问题》著作中，虽然也承认社会主义社会也需要商品生产，但他又认为，社会主义条件下的食商品生产活动的范围仅限于个人消费品，生产资料不属于商品。中国自建国后至20世纪80年代以前，基本上也是否认社会主义存在商品生产的，我们习惯用行政手段来管理经济，因而认为民法有没有无所谓，只要有指令性计划和调拨就足够了。但是，进入80年代以后，我们认识到必须大力发展商品经济，在《关于七五计划的报告》中已经明确提出，中国改革的基本方向就是要大力发展商品经济，这是不以人们意志为转移的客观规律。既然要搞商品经济，就必须遵循平等、自愿、等价有偿等基本规律，而这些规律又都是由民法来确定的，因此，为了进一步缩小指令性计划调整的范畴，建立统一的市场，鼓励横向的经济联合，就必须制定民法，否则，商品经济市场就缺乏了调整机制，就会严重阻碍中国刚刚开始的经济改革。而且，当时发生经济纠纷后，法院在审判中无法可依，造成司法的混乱和法制的不统一。因此，为了商品经济，为了经济体制改革的需要，必须尽快制定民法。

其三，实行对外开放的需要。

改革开放的一个重要的内容就是实行对外开放。而对外开放不是一句话的事情，外商在与中方的交往中，一般要谈两个问题，一是所谓硬件条件，即通讯、交通、环境等，二是法制状况。他们关心的一个重要问题就是：在中国搞投资，会不会被收归国有？而要承诺不会被收归国有，仅凭口头承诺是远远不够的，这需要法律上的保障。因而，法制健全与否，是外商能否进行投资的一个十分重要的条件。这就是为什么在改革开放初期，中国一口气制定了诸如《中外合资经营企业法》、《外资企业法》、《经济合同法》、《涉外经济合同

法》、《技术合同法》等那么多法律的主要原因。而民法这个调整商品经济的最基本的法律，则又是外商格外关注的法律。因此，在这种背景下，中央决定力争在1985年秋、冬提出草案，并尽快交付全国人大审议。可见，实行对外开放，是中国制定民法的重要动因之一。

其四，建立健全社会主义法制的需要。

1982年宪法颁布后，就面临着进一步健全和完善中国法制体系的重大任务。此外，司法上也迫切需要尽快制定出一部调整商品经济的基本法—民法，作为民事经济审判活动的基本依据。据统计，仅1985年全国各级法院审理的民事案件达84万件，几乎是刑事案件的3倍多；经济纠纷达20多万件；经人民调解委员会调解的民间纠纷，1985年达600多万件。可见，民事经济纠纷的日益增多，也迫切需要民法的尽快出台。

从上述内容可以看出，20世纪80年代中国《民法通则》的制定不是偶然的，而是有着深厚的政治经济根源的，因此，《民法通则》的出台是时代的产物，如果没有工作重心的转移和改革开放、经济体制改革的需要，民法的制定工作是不可能在那时提到国家议事日程中来的，以前虽然经过了30多年的建设与发展，但是，由于都没有意识到商品经济对社会发展的巨大的推动作用，自然也就不会出台一部调整商品经济的民法。因此，社会经济发展的需要才是中国民法得以不断健全、发展的前提条件。

（2）为什么不搞民法典而要搞《民法通则》

早在1982年，民法起草小组就起草了民法四稿。这时候就发生一个问题：当时制定一部完整的民法典的条件是否已经成熟？对于这个问题，历来就存在着不同的看法。早在新中国成立初期就有人主张搞一部完整的民法典。1979年成立民法起草小组时，也碰到这个问题。但是，大家都有着一种共同的认识的，即：制定民法要从实际出发，

就是要体现经济体制改革的新经验。而中国的经济体制改革是从农村开始的，城市大规模的体制改革是在1984年10月十二届三中全会以后，1982年时，城市的经济体制改革还没有全面开展，例如，科技改革也是在1984年以后才有科技改革的决定。因而，当时还没有明确提出技术成果是商品，民法四稿里有发明权、发现权，但没有规定专利权。如果当时就制定完整的民法典，专利权等技术成果权利就不可能体现在民法中。但是，如果等所有问题都成熟以后再制定民法，也是不现实的，会严重影响和束缚经济改革的进程。在此情形下，中央提出了“零售”方针，即成熟一个搞一个，先制定一批单行法，于是就有了诸如经济合同法、民事诉讼法等一些系民事法律。但是，这样又出现了一个问题，这些已经颁布的民事单行法，虽然已经明确了一些具体的民事法律制度，但是，缺乏一个有关民事关系、民事活动共同遵守的规范，例如《民事诉讼法》规定了认定公民无民事行为能力的程序，但什么是有民事行为能力，什么是无民事行为能力，缺乏规定。《经济合同法》中提到法人，但法人需要什么条件，也还没有规定。因此，需要对民事关系、民事活动应当共同遵守的规范做出规定。于是，就又提出一个是搞民法总则，还是搞民法通则的问题？开始想搞民法总则，但是根据当时的实际情况，需要规定的内容要比传统的民法总则要广。例如，民事权利问题，我们虽然有了一些单行法律，如继承法规定了继承权，专利法规定了专利权，但是有必要把公民和法人的主要民事权利给予概括性的规定。这样既可以有利于民事主体正确地行使和保护自己的民事权利，又可以把当时单行法中还没有规定的民事权利加以规定，如著作权、名誉权等。这样就使得这部法律具有一定的前瞻性和适用性。但是，如果这样设计的话，其所包含的内容就突破了传统的民法总则的内容，尽管其性质有着民法总则的作用，但是在民法典还没有开始制定的情况下，称民法总则也不合适，于是曾经有人提出叫民法总纲，在向委员长汇报情况后，委员长提出可否叫民法通则，经研究认为，称民法通则更符合实际，这样可以根据具体情况把需要规定内容写进去。[注]

笔者认为，从上述的制定过程和以后的实践看，当时称《民法通则》的用意，应当还有一个重要的内容，那就是：在当时的历史条件下，以《民法通则》暂时起一个过渡性的作用，待条件成熟后在此基础上制定民法典或者民法总则，来进一步完善中国的民事法律体系。笔者的这一观点，已经为2002年12月23日全国人大常委会法制工作委员会主任顾昂然在第九届人大常委会第三十一会议上所作的《关于 < 中华人民共和国民法（草案） > 的说明》所证实。其说明的第二部分“关于民法编纂中其他几个主要问题”中的“关于民法总则”中说到：“在民法通则的基础上，草案主要对无民事行为能力人的年龄以及诉讼时效的期间等作出修改补充，……”[注]可见，这里已经明确地表明：民法总则的制定是要以《民法通则》为基础的这样一个事实。因此，完全可以说：《民法通则》在制定时本身就带有民法总则的性质和地位，现在我们制定民法中的民法总则，就是要以《民法通则》为基础和胚胎。

2、《民法通则》的框架结构及其内容体系

《民法通则》已经构建起了我国民法的基本框架。

《民法通则》的具体分为九章，即：“基本原则”、“公民”、“法人”、“民事行为和代理”、“民事权利”、“民事责任”、“诉讼时效”、“涉外关系的法律适用”、“附则”。

《民法通则》确立的主要制度内容包括：

（1）民法调整的范围；（2）民事活动的基本原则；（3）公民的民事权利能力；（4）公民的民事行为能力；（5）监护；（6）宣告失踪和宣告死亡；（7）个体工商户和农村承包经营户；（8）个人合伙；（9）法人应当具备的条件；（10）法人如何承担责任；（11）对企业法人的监督管理；（12）企业法人法定代表人的责任；（13）联营；（14）民事法律行为应当具备的条件；（15）民事法律行为的法

律效力；（16）附条件的民事法律行为；（17）代理的范围和种类；（18）代理权的行使；（19）无权代理和越权代理；（20）代理关系中连带责任；（21）财产所有权的分类；（22）所有权的取得和转移；（23）财产所有权在法律上包括的内容；（24）共有财产；（25）与财产所有权有关的财产权；（26）债权的性质、产生与种类；（27）合同的债；（28）债的担保；（29）非合同的债；（30）著作权的主体、客体及内容；（31）专利权、发明权、发现权和其他科技成果权的基本制度；（32）商标专用权的基本制度；（33）生命健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权等人身权的基本制度；（34）承担民事责任的原则；（35）违反合同的民事责任；（36）侵权的民事责任体系；（37）承担民事责任的方式及其适用；（38）诉讼时效的期间；（39）诉讼时效的开始、中止、中断和延长；（40）涉外民事关系适用法律的原则；（41）涉外民事关系中自然人、法人的法律适用；（42）涉外民事关系中财产所有权的法律适用；（43）涉外合同的法律适用；（44）涉外侵权行为损害赔偿的法律适用；（45）涉外婚姻、家庭关系和继承的法律适用。

3、对于《民法通则》的评价及其历史作用

《民法通则》是在中国发展社会主义商品经济和实行对外开放的时代背景下，根据当时的社会需要而制定的，法律规范的字里行间渗透着商品经济的气息与改革开放的时代要求：它将民法的调整对象界定为平等主体之间财产关系和人身关系，打破条块分割，打开并促进平等主体之间的横向经济交往与联合；同时规定民事活动的平等、自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则；坚持了权利本位和意思自治；解决了商品经济的重要主体—法人的内涵和责任问题；确定了侵权责任的一般规则原则和涉外民事关系的法律适用方法。为平等的民事主体之间正常的经济交往提供了充分的法律保护，从而促进了商品经济的发展和计划经济体制向市场经济体制的转变，也为对外开放政策的落实创造了良好的法制环境，并最终促进对外开放的发展。

《民法通则》不仅为社会主义物质文明建设创造了条件，更促进了社会主义精神文明建设的健康发展。《民法通则》通过对诚实信用和公共秩序与善良风俗原则的规定，和对违反诚实信用和公共秩序与善良风俗原则行为的否定，并对其他违背公平、自愿、等价有偿和滥用权利的行为责以适当的民事责任，促使人们在经济交往中诺而有信、不诈不欺，并以善意的方式进行交易，引导整个社会形成良好的社会风气和高尚的道德情操。

《民法通则》颁布的最大意义还在于它在新中国民事立法史上的里程碑作用。受历史时代的限制，《民法通则》的法律规范有些抽象、原则、欠缺和漏洞，甚至还有很不科学的地方。但是，从历史的眼光考察，在当时的历史条件下，它能冲破传统的计划体制的禁锢，改传统的经济管理靠国家计划和国家政策的作法为横向经济交往靠民法规范与私法自治的举措，还是有着它特殊的时代意义的。它标志着以政策手段调整民事关系为主的时代基本结束。同时，《民法通则》的颁布，以它特有的结构和内容对各单行法律法规进行理论归纳和指导的同时又与各单行法互为补充，共同构成一个体系而作用于经济生活，并随着经济和社会的进步而不断完善和体系化，为我国现在进行并会最终问世的民法典和将来各项民事法律制度的创新奠定了基础。

历史证明，《民法通则》所确定的基本原则和民事法律制度已经为我国二十多年的实践所证实基本上是符合我国国情的。

《民法通则》从制定到现在已经有23年的历史了，这23年恰是中国飞速发展的23年，也是中国近代以来发展最稳定、最快速的时期，同时也是法制建设发展最顺利的时期。作为一个特定历史时期的民事法律基本法和母法的《民法通则》，在保护民事主体正常的民事活动、为司法机关的民事审判活动提供基本准则、向全民普及民事法律意识以及对外民事交往等方面，都起到了积极的作用。因此，可以说，如果没有这部起着民事法律基本法和母法作用的《民法通则》，

很难想象这二十多年来中国民事主体的民事活动将会受到怎样的影响？中国现行的民事法律和司法体系恐怕至今还难以确定下来。中国各级人民法院每年成功审理的成千上万个民事纠纷案件，就是对这部法律的充分肯定。其中所确立的诸如民事主体地位平等、自愿、等价有偿等民事活动的基本原则，以及一系列民事法律概念、制度和规则，已经为中国人民所接受，并且越来越深入到中国人民的身心中。尤其不可否认的是，中国二十多年来来之不易的稳定局面，就有起着民事基本法作用的《民法通则》的不可抹杀的功勋。因此，完全可以相信，将来以《民法通则》为基础和胚胎制定出来的民法总则，也一定会得到中国人民的肯定和接受。

（二）《民法通则》与商法通则的联系

1、立法指导思想方面的联系

关于制定《民法通则》的指导思想学者们可以概括为许多内容，但是，依笔者看来，综合当时立法的背景与具体情况，实际上其基本的指导思想就是一句话，即：要从中国的现实出发。这个思想贯穿于整部《民法通则》的立法过程的始终。

关于制定民法的基本指导思想和基本原则，时任全国人大常委会副委员长，且直接负责《民法通则》的制定工作的彭真说过一句著名的话："我们的民法是中华人民共和国的民法，不是苏联、东欧国家的民法，也不是英、美、欧洲大陆或者日本的民法。我国的民法从哪里产生？要从中国的实际产生。首先要从中国现实的实际情况出发，这是立法的根据。"它还说："如果说什么是民法的母亲的话，就法律体系本身来说是宪法，但归根结底，还是中国实际是母亲。"[注]这就已经十分明确地说明了我们制定《民法通则》的基本指导思想和基本原则。

那么，什么是中国的实际呢？根据《宪法》第1条的规定，社会主义制度是我国的根本制度。因此，我们在起草民法时，必须根据宪法，坚持社会主义原则。而我国的社会主义又是中国特色的社会主义。这个“特色”就是要不断地完善社会主义各项制度，不断完善就是要不断改革。民法的一个重要任务，就是要充分总结经济体制改革的经验，以保证和促进经济体制改革的顺利进行。这个任务在《民法通则》中必须有所体现。此外，从中国实际出发，还要研究中国的历史的实际，要研究我国的历史、民法史，还要注意研究群众的风俗习惯。《民法通则》里面关于监护制度的规定，就有传统民间习惯的影子。

当然，从中国实际出发，并不是不要研究外国的经验。因为，民法是调整商品生产，而商品生产在世界上是有其共性的，我们当然要研究、借鉴外国的比较成熟的经验。如法人制度、知识产权制度、物权制度等等，都应当成为我们研究、借鉴的对象。因此，从民法起草小组一成立，就开始了对法国民法典、德国民法典、日本民法典、苏俄民法典以及其他一些国家的民法的研究，《民法通则》吸收了不少国外有益的经验。

制定商法通则与当年制定《民法通则》一样，也应当坚持从中国实际出发的指导思想和基本原则。具体来说，就是要认真总结中国改革开放30年来的经验、教训，特别是要认真总结民商事法律的立法经验，坚持走中国特色社会主义的道路，不断开拓进取，敢于学习，勇于实践，把制定《民法通则》的经验充分地运用到对于“商法通则”的制定中去。《民法通则》与商法通则的制定在指导思想和基本原则上应当是相通的，因为，二者均是调整商品经济的法律，其在调整对象上有一定的联系，比如都是调整财产关系的法律，只是民法侧重于人身关系和基本民事关系的调整，而商法则完全是调整一切与商事财产活动有关的行为，包括商事法人、商事个体、商事合伙等商事主体所从事的证券交易行为、票据行为、信托行为、海商行为、居间行为、

行纪行为、担保行为、拍卖行为、招投标行为、仓储行为、存贷款行为、运输行为、投保行为、特许经营行为等等。二者的侧重点有所不同。尽管如此，二者都是为发展中国的商品经济（市场经济）和经济改革服务的，具有共同的目标，而且同属调整商品经济（市场经济）的法律，因此，二者的基本指导思想和基本原则应当是一致的，即：坚持走中国特色社会主义道路的立法之路，在认真总结、研究中国历史和实际经验的基础上，有侧重地学习和借鉴国外的立法和实践经验，使之能够为中国的民商事立法服务。

2、内容上的联系

国内外法学界一般认为，民法乃调整商品经济一般关系的法律，对商品经济关系的调整提供了一般规则，但其也只是提供了一般规则。对于主要表现为商事法律关系的市场经济关系中的复杂形态，则必须依赖于商法调整，由商法提供具体规则或特殊规则。

就《民法通则》与商法通则在内容上的联系来讲，笔者以为，《民法通则》调整与商法通则同属私法范畴，乃调整民商事行为的法律，因而《民法通则》中的一些制度可以作为“商法通则”的一般性规定。譬如《民法通则》中的主体制度可以作为对于商品经济活动主体资格的一般性规定。任何个人和经济组织，不管是否从事营利性经济活动，其法律地位的最终确定都是由民法上的主体制度来完成的。商法上的主体制度即商主体制度实际上只不过是民事主体制度的具体化而已，或者乃民事主体特殊类型的特殊制度设计。具体到具体的商主体类型，如公司制度无非民法中法人制度的一种最典型形式，合伙企业制度无非民法中合伙制度的典型或高级形态而已。

此外，商法通则中的许多制度可以以《民法通则》规定的制度为前提设立的。例如，商法中的代理制度虽系特殊规定，但其适用仍须以民法代理制度的一般规定为其前提或基础。此外，民法中的民事责

任制度也可以适用于一切商事法律关系之中。有些民法基本原则如诚实信用原则、私法自治原则、公平原则等亦属商法基本原则。

（三）《民法通则》与商法通则的区别

商法通则不同于《民法通则》。

商法通则的适用范围是社会平等主体之间的商事关系，而《民法通则》是适用范围则是适用范围是社会平等主体之间的财产和人身关系。商法通则是在中国对改革开放已经积累了丰富经验的30年以后制定的，无论是法制建设的成熟程度和社会经济发展基础都是与20年前颁布《民法通则》时的情形所不可比拟的，因此，现在再制定商法通则，是不会再走《民法通则》的弯路的。因为已有较为成熟和成型的民法典作为立法的基础，其与商法通则的制定也不会产生太大的矛盾，因为，前面已经走过了前人没有走过的道路。《民法通则》制定的前提是在中国的法制建设和现代化经济建设刚刚起步不久的时期，尚无形成一整套现成的法律体系，《民法通则》实际上起到了民法典和商法典的共同的历史作用，具有开创性的功能；而商法通则则是在已经具备了民法典的基础上，制定的一部民法典特别法，其作用仅仅限于商事领域中的基本的法律问题，一些具体的制度规范已经完整地体现在一系列早已颁布的商事单行法中，因此，不存在要对具体制度的创新、完善进行指导、引领的作用，其更多的内容是对现行的制度的确认、发展和延伸。因此，两者是不能等量齐观的。

二、商法通则与《民法典》的关系

商法通则是民法典的特别法。

笔者认为，商法是相对地独立于民法的一个独立的部门法。商法有着属于自己的、不同于民法的立法价值取向、调整对象、主体范

围、性质与特征，因此，它与民法虽同属于私法领域，但其自身却具有独特的法律调整对象—营利性主体即商主体在市场交易过程中所发生的商事法律关系，因而，它完全有资格成为一个独立的法律部门。(注)但是，鉴于民法与商法又有着诸如同属私法范畴，民法的主体制度可以作为对于商品经济活动主体资格的一般性规定，商法中的许多制度是以民法制度为前提设立的等共通性，因此，在“独立于民法”之前还应当加上一个“相对”二字，这里的“相对”有比较的意思，也就是说，这仅仅是相对于民法而言，而不包括与其他部门法相比。但对这个“相对”还要做限制性解释，那就是：这里不存在一个谁吃掉谁、谁属于谁的问题，更不存在所谓谁可以代替谁的问题。在今天的市场经济社会中，民法与商法应该在共同依存、共同发展的前提下，在立法和实践中各自应具有各自的独立性，尤其是在立法中，其应当有着独立的法律体系，其中包括独立的规则体系、独立的适用范围、独立的责任体系和独立的理论框架，那种认为商法不能独立存在，而应当依附于某一个或几个法律的观点是站不住脚的，这显然是受到了计划经济时代轻商思想的影响，既不利于市场经济的发展，更容易回到过去轻商的老路上去。持商法不能独立的观点的一个重要理由，就是认为民法与商法有着一些共通的法律制度和原则。但是，也应当看到，在这些共通的制度和原则背后，商法其所特有的诸如促进交易便捷原则、商主体法定原则等，却又是民法所不具备的。

商法的发展与商业的发达有着密切的关系。一个国家的强盛与否，与其商业的发达程度是密不可分的。这可以从世界历史上各大国崛起的历程中得到注脚。而商业的繁荣与发达既要依靠国家的经济政策，更需要完备的法律体系的促进和保护。而在这法律体系中，仅有以对社会经济活动的权利体系进行静态形式的确认的民法是远远不够的，能够迅速反映和调整营利性主体即商主体在市场交易过程中所发生的商事法律关系的商法，则是促使社会经济发展，保护商主体的利益及其商行为的基本法律体系，也是商法义不容辞的神圣职责。

笔者认为，商法通则乃民法典的特别法，凡是民法典已经规范了的有关民商事通用的原则、制度、规则，如合同制度、担保制度、民事权利体系等等，商法通则均无必要予以重复的规定，其必须规定的应当是那些民法典中尚未规定，或者民法典无需，或者本不属于民法典调整范畴的内容。如商法特有的基本原则、商法的适用范围和适用规则、商主体、商行为的基本形式和类型等等。但是，还应当重申的是：作为一个商事立法集合体的商法则不是民法的特别法，它们都是国家法律体系中不可或缺的相对独立的法律部门。因为，它涵盖了商法的全部内容，无论在体例上、内容上、性质上与商法典无异，只不过在形式上不是一部集中的、严密的法典而已。因此，作为一个完整的商法体系其法律性质、在国家法律体系中的地位与民法典应该是完全相同的，根本不存在所谓一般法与特别法的关系问题，更不存在谁属于谁，谁适用谁的问题。因此，这里要特别明确的是："商法通则"绝对不等同于整个商法体系，商法通则只是整个商法体系中的一个组成部分，根本不能涵盖和代表整个商法体系。

因此，在中国整个的法律体系中，商法通则只能作为《民法典》的特别法，其地位相当于民法典的下位法和配套的法律。这样可能更加有利于理顺中国商法通则与民法典之间的关系，以及各自在中国整个法律体系中的地位。

三、商法通则与商法典的关系

商法通则不同于商法典。

商法通则无论在体例、涵括的内容、性质、地位等方面均与商法典具有很大的差距。在体例上，商法通则可能仅有一百余条，篇幅不会超过十章，而如果作为一部商法典则远远不止这些篇幅，特别是如果欲将其搞成与民法典并驾齐驱的法典的情况下，其篇幅是会大大超

过商法通则的，其规模至少不能与民法典相差过于悬殊。在内容上，商法通则仅就商法中的原则性的、基本性的问题，以及在其他各商事单行法中无法集中体现的有关商事活动的通行的一些基本的准则，例如：商主体的基本形式和种类；商事行为与商事代理的构成；商业名称的取得、种类、商号权等；商事账簿的种类、内容和置备等；商事责任的种类和承担方式等等。而商法典的内涵则除了上述的商法通则中所包含的内容外，至少还要包括：商法对于民法的适用；各类商事组织的基本规范；不能为合同法所包含或者不同于合同法之规定的各种合同的规定；商事登记的机关、范围和基本程序；各类商行为的基本规定；甚至，它还要将一些已经颁布的商事单行法律、法规包括进来，如有关运输、仓储的法规等等。总之，它需要一个全面的、系统的、逻辑较为严密的有机的统一体。其内容会远远多于商法通则。在性质上，商法通则仅是民法典的特别法，它可以划入民法典的范畴之内。而商法典的性质则完全不一样了，它是一部完全与民法典并驾齐驱的国家的基本法律，无论其名称叫《中华人民共和国商法》也好，叫"中华人民共和国商法典"也好，其在性质上是与民法（或民法典）完全一样的。在地位上，商法通则不具有完全独立于民法典的法律地位，它是民法典下位法。而商法典则与民法典的法律地位完全一样，不存在谁附属于，在适用时谁参照谁、谁是谁的补充的问题。因此，两者是两个完全不同的法律。

但是，应该特别指出的是，作为整个的商法体系，与民法典则是可以比肩的，因为，它涵盖了商法的全部内容，无论在体例上、内容上、性质上与商法典无异，只不过在形式上不是一部集中的、严密的法典而已。因此，作为一个完整的商法体系其法律性质、在国家法律体系中的地位与民法典应该是完全相同的，根本不存在所谓一般法与特别法的关系问题，更不存在谁属于谁，谁适用谁的问题。因此，这里要特别明确的是：商法通则绝对不等同于整个商法体系，商法通则只是整个商法体系中的一个组成部分，根本不能涵盖和代表整个商法体系。

四、商法通则在中国整个法律体系中的定位

笔者始终认为，中国商法是完全独立于经济法、刑法、诉讼法、劳动法、行政法等其他部门法，而仅相对地独立于民法的部门法。因此，在立法中应当具有其独立的地位和体系。作为整个商法体系中的一个重要组成部分的商法通则，其在中国整个法律体系中的位置可以概述为：民法典的特别法，适用于一般和特殊商事行为中属于统率性、一般性的规则的统一的规范性法律文件；其在整个商法体系中居于核心和统率性的地位，其法律位阶与现行的《民法通则》或者未来民法典中的民法总则相当，起着商法总则和商事基本法的作用。

---

1. 上述关于《民法通则》制定过程中基本情况参见顾昂然：《立法札记》，法律出版社2006年8月版，第215~216页的相关内容。
2. 具体内容参见顾昂然：《立法札记》，法律出版社2006年8月版，第358页的相关内容。
3. 参见顾昂然：《立法札记》，法律出版社2006年8月版，第214页。
4. 关于区分部门法的标准问题，法学界有不同看法。笔者赞同李步云教授的观点，即区分部门法的标准只有一个，就是法律所调整的社会关系，即法律调整的对象的不同性质和特点。这里笔者在探讨民法与商法关系时，就是根据此观点。参见：李步云主编：《法理学》，经济科学出版社2000年12月第1版，第275页。

第二章 制定“商法通则”的意义

第一节 制定“商法通则”的必要性

一、中国近代以来商事立法之回顾

笔者认为，欲探讨中国制定“商法通则”的必要性问题，首先还是要从中国近代以来的商事立法的发达历程开始研究。

（一）中国清末商事立法的背景条件

1、社会经济结构的转型

1840年鸦片战争后，外国资本主义经济侵略的深入，破坏了中国悠久的占统治地位的自然经济结构。中国的国内商业与市场开始由自然经济、小商品生产市场向大生产商品经济、市场经济转化。至19世纪末20世纪初，资本主义性质的民族工商企业，已经在社会经济生活中占有一定的比重。其中最能够体现该性质的具体表现就是近代企业制度的建立和银行的兴起与发展。

鸦片战争之前，中国传统民间社会存在着以道义为基础的经济合作方式—合伙经营方式，尤其在手工业、制丝业、盐井业中出现了较多的集资组织，其主要特点是在彼此认识的小范围的人之间进行合作，虽然便于救济资金，但往往引发经营纠葛，同时对外具有封闭性，极大地抑制了资本的流动与集中。随着国门洞开之后，外国资本的组织形式也被引入中国。中国历史上第一家明确以公司形式运营的企业要数1872年在上海成立的轮船招商局，其创办章程的第一条就表明：“轮船之有商局，犹外国之有公司也”，[注]这标志着一种中国历史上未曾出现过的、面向社会“招股集资”、“合众力以成”的新型企业组织形式—近代股份制企业在中国开始出现，其后，开平煤矿、云南矿

务，都设立公司，凑集股份，开办兴业。根据《申报》公布的股票行情可知，1881年开平煤矿的股票由100两涨为240两；1882年，招商局股票由100两涨为267两；电报局股票由100两涨为200两。但是，由于当时尚没有公司律的规制，这些公司机制建设上不可避免地存在着许多缺陷。例如各类冗员众多，极大地增加了切的经营负担，削弱了企业的竞争力；由于缺少实体法规的规制，这些企业的法人资格不健全，官员常常直接干预企业活动，致使大股东和董事会不得不屈服于行政权力。所以说，19世纪中国公司形式虽然表面上具备了公司的外部形式，但是，其本质仍没有完全具备近代意义的公司特征。其主要原因之一就是当时还缺乏近代意义上的公司法律制度的规制。

鸦片战争以后，洋行从广州向中国其他通商口岸推进。从19世纪40年代开始，外国在华金融活动的主角—外国银行—开始出现在中国舞台上。1845年第一家外国银行—丽如在香港和广州设立分支机构。19世纪50年代，英国资本汇隆银行、呵加剌银行、有利银行和麦加利银行先后在中国建立分支机构。此后，英国的汇丰银行、德国的德华银行、日本的横滨正金银行、法国的东方汇理银行、沙俄的华俄道胜银行、美国的花旗银行等等，外国银行一直是中国金融业的支柱。直到1897年，中国政府在上海设立了第一家华资新式银行—中国通商银行，才结束了外国在中国一枝独放的局面。但它是一家官商合办的银行，其中官僚股份及洋务企业招商局、电报局的股份占了大半，其存款也主要来源于官款，所以，它还不是真正意义上的商业银行。截止1911年止，全国共设立了30家华资银行，其中官办和官商合办的有13家。因此，可以说，直至清亡，由于银行法制的缺乏，使得中国始终没有建立起现代意义的商业银行。

正是由于上述的新的生产关系以及由此而形成的复杂的财产关系的出现，中国社会已迫切需要新的能够代表新兴资产阶级利益的法律加以调整。因此，作为资产阶级的代言人—改良派的思想家们，在为

西方法文化引进、输入的同时，又疾呼力倡制订商律，以推动民族资本主义的发展。

2、经济民族主义思潮的勃兴

西方列强以先进的生产方式，通过资本的一步步扩张，蚕食着中国的经济利益，面对苦难深重的中国社会现实，一批有识之士开始思索如何摆脱这种困境，他们提出“重商”、“商战”等一系列振兴“商务”、发展工商的经济思想，以图自强。于是，“经济民族主义”成为一种社会思潮，“商战”便是这种思潮最响亮的口号。[注]

薛福成、郑观应、王韬、郭富焘、马建忠、陈炽等思想家提出了振兴工商业，倡导“商战”的思想。一时间，中国社会自下而上掀起了一股重视工商业、发展工商业的热潮，其本质无非就是为了“迎战外国工商之冲击”、“挽回中国利权之损失”、“拯救中国之贫弱败亡”、“渴望中国急起直追、发展工商业”。[注]其中，郑观应、薛福成等人所倡导的“商”或“商务”，并非“狭隘的封建性商业”，而是“近代资本主义性质的工商企业”。[注]19世纪后期，康有为、梁启超等维新派人士进一步发展了振兴工商、发展商务的经济思想，他们主张农工商协调发展的经济观。如康有为指出：“整顿商务，诚当设诸官以讲之，先出矿质、发农产，精机器之工，精专运之路，然后，开学堂”，是因为“商之源在矿，商之本在农，商之用在工，商之气在路”。梁启超也认识到农工对商业的重要性，认为“工艺不兴，而欲求商务，土产不兴，而欲振工艺，是犹割臂胫而养其指趾”。[注]康有为还提出了较为完整的中国发展资本主义的现代化方案，其基本内容包括了“富国”与“养民”两方面的内容。所谓“富国”，包括宝钞法、铁路、机器、轮舟、开矿、铸银、邮政等六项措施；所谓“养民”，包括务农、劝工、惠商、恤穷四项政策。

由此可见，当时社会上对中国全面发展资本主义的愿望和呼声之一斑。

3、社会各界对制定商法的认识

自鸦片战争以后，伴随着资本主义因素在中国的发展，具有先进觉悟的知识分子开始呼吁制定商事法律，已经意识到“在中国旧有法制体系中，商人的利益难以得到保护，遇到中外商事纠纷，中国法律更不能有效地保护中国商人的利权。因此，要求修改法律，保护国内工商业发展的呼声高涨”。[注]

郑观应、陈炽等针对西方列强经济侵略的严峻形势，提出了“仿行西政”、“以法护商”等一系列变法主张，并指出无商法的危害。如郑观应指出：“若无商律，不注册，大公司稽帐无人，恐倒闭之遗害无穷（或谓互市以来，大宗生意全系洋商，华商不过坐贾零贩。推原其故，盖由中外贸迁，机器制造，均非一二人之财力所能办到。所有洋行皆势力雄厚，集千百家而为公司者，且有银行通融，其国家又多方保护津贴，是以商务日兴。中国不重商务，不讲商律，于是市井之徒彼此相欺，巧者亏逃，拙者受累，以故视集股为畏途，无怪乎不能与洋商争衡也）。况遇商务讼案，华欠洋商，则领事任意要索不止，累及身家。洋欠华商，则领事每多偏视。于是华商或附洋行股份，坐沾余利，或雇无赖以为护符。故欲兴商务，必先能卫商保商，尤必须杜商奸以防逃闭。护商本以维市面。”[注]

他们认为，中国传统上官不恤商与国家缺乏应有的法律保障有关，“富不恤商者，固由官制过于尊严，实亦国家立法之未善”。[注]此外，他们还指出，制定商法的必要性和重要性。陈炽在“创立商部说”中强调各国皆有商律“专主护商”，认为“不定商律，何以护商”，如不定商律，“则商情终抑，而商务必不能兴”，并认为“中国之官商相去悬绝，不设专官以隶之，不设专律以防之，不定地方官吏之考成功罪

以警之，而欲恤商情，振商务，保商权，是犹缘木求鱼，欲南辕而北其辙也，其必不可得已。”[注]郑观应还翻译了英国驻沪总领事哲美森辑《英国颁行公司定例》，认为：“英国颁行公司定例甚善，我国亟宜通伤仿行，以杜奸商舞弊也。”[注]

以康有为、梁启超为代表的维新派也积极推动商法的制定。他们主张变法改制，提出应按照西方的法治原则，建立新的法律体系与司法体制，倡导君主立宪。他们认识到法律环境对于商事立法、商法适用的重要性，触及到政治体制与法制建设的辩证关系。如康有为认为：“洋货所以能越数万里畅销者”，其中一个重要原因就是“有商律已齐之”，而我国“商宫商律不设，故无以定价值之低昂，治倒帐之控诉，治伙友之倒亏，治猾奸之涯骗。银钱无定价，则受平色之困，行规不与官通，则官可任意遏抑，体制又与官隔，则胥更可藉端欺凌”，因此提出“欲恢张利源，整顿商务”，应“立商律”。[注]

康、梁等人倡导的商法主张，虽伴随着“维新运动”的开展而一度进入封建统治阶级的议事日程，但随着变法维新运动的失败而无法实现，但是，他们的这些主张对于社会和统治者均产生了深刻的影响，也在一定程度上促使清政府尽快开展商事立法。

4、统治者内部对商务及商事立法的认识

在统治者内部，制定商法也成为施政主张。在社会的强烈呼吁和内外交困的情形下，清政府也开始将“商政”作为其第一要务。光绪二十一年（1895年），清政府颁布改变“官为控制”经济体制，鼓励民间投资、吸引外资的谕令。该谕令称：

“制造船械，实为自强要图，中国远原有局厂，……亟应从速变计，招商承办，方不致有名无实。……该商人如果情愿承办，或将旧有局厂令其纳赀认充，或于官厂之外，召集股本，择地建厂，一切仿

照西例，商总其事，官为保护，若商力稍有不足，亦可借官款维持……”注

光绪二十四年（1898年），清政府又发布上谕，强调商务，云：

“振兴商务，为目前切要之图。叠经谕令各省认真整顿，……中国地大物博，百货浩穰，果能就地取材，讲求制造，自可暗塞漏卮，不致利归外溢。”注

光绪二十九年三月二十五日（1903年4月22日），清政府再次明确发布振兴工商的谕令。谕令称：

“通商惠工，为古今经国之要政。自积习相沿，视工商为末务，国计民生，日益贫弱，未始不因乎此。亟应变通尽利，加意讲求。”注

在短短几年时间里，清政府连续发布上谕保护商业和商人利益，这在中国历史上是前所未有的。这些上谕在客观上，促进了近代中国工商经济的发展，自此一批新型的近代公司组织相继成立。

（二）清末商事立法的主要成果

清末的商事立法活动，大致可以分为两个阶段：第一阶段，主要由商部、修律大臣主持商事立法（光绪三十年至光绪三十二年，历经三年左右时间）。这一阶段的主要成果是《钦定大清商律》与《破产律》。除此之外，商部还拟订了《公司注册试办章程》、《商标注册试办章程》等商事法规。第二阶段，主要由修订法律馆、宪政编查馆与各部共同主持修律工作，至宣统元年（1909年），由修订法律馆聘请的日本民商法专家志田饵太郎和松冈义正分别拟具《大清商律草案》（“志田案”）、《破产律》。此外，清政府农工商部根据光绪三十三年、宣统元年两次商法大会上所形成的《商法调查案》，复加修订而成《商律草案》。除此之外，还起草了《大清银行则例》（由度

支部修订，光绪三十四年奏准颁行）、《银行注册章程》（由度支部修订，光绪三十四年奏准颁行）、《保险章程》（草案）（由农工商部拟订，宪政编查馆审核，宣统二年送资政院集议）、《运送章程》（由农工商部起草，宣统二年八月送资政院集议、十二月获准颁行）等。

在上述商事立法活动中，有以下几项重要成果，对后世商事立法产生了较大影响。

1、《钦定大清商律》

光绪二十九年十二月初五（1904年1月21日），商部载振、伍廷芳等向清政府奏“商部奏拟定商律先将公司一门缮册呈览恭候钦定折”，其将卷首之《商人通例》（共9条）暨《公司律》（共131条）呈供朝廷，等候清廷的批准，以作为钦定之本。随后，《商人通例》、《公司律》获准颁行，后称《大清钦定商律》。它是清末仿照外国法制定的第一部新法，标志着“我国过去数千年以农业社会为背景与以维护伦理为重心的法制，因之而开始转变”。(注)

清末《商人通例》共9条。《商人通例》第1条规定了商人的定义：“凡经营商务贸易、买卖、贩运货物者均为商”。此外，《商人通例》还就商人的权利能力、商号、商事帐簿的设立等内容进行了规定。《商人通例》具有以下两个特点：一是在内容上主要移植了《日本商法典》；二是家族主义的思想仍然根深蒂固，礼教派的主张仍有很大影响。《商人通例》作为我国商事立法历史上第一个商法总则，虽然内容极为简略，但对民初的商事立法活动产生了较大的影响，也确立了清末至民初民商分立立法模式的基础。

虽然公司形态自19世纪中叶开始便在我国出现，各种形态的洋务经济在我国有所发展，外国公司纷纷来华，各类的民商、绅商亦举办了不同形式的公司型企业，但始终处于无公司法的阶段。近代中国第

一部公司法便是清末的《公司律》。《公司律》分“公司分类及创办呈报法”、“股分（股份）”、“股东权利各事宜”、“董事”、“查帐人”、“董事会议”、“众股东会议”、“帐目”、“更改公司章程”、“停闭”、“罚例”等11节，共131条。

清末《公司律》是我国有史以来的第一部公司立法。这种首创性带有明显时代进步意义。例如，它将公司分为合资公司、合资有限公司、股份公司及股份有限公司四种形式，并开始区分有限责任与无限责任。再如，《公司律》开始确立资本的平等性，从法律上赋予商办企业与官办、官商合办企业，普通商人与具有官方背景的“商人”以平等的地位，“在中国历史上第一次按照近代股份责任原则，而不是按照出资人或经营人身份确定权利义务，在近代中国公司制度诞生中具有开创性的意义”。(注)

2、《破产律》

光绪三十二年，商部拟具《破产律》后，送沈家本、伍廷芳审核，奏“商部修律大臣会奏议订商律续拟破产律折”。该《破产律》于光绪三十二年四月奏准颁行。该《破产律》分为呈报破产、选举董事、债主会议、清算帐目、处分财产、有心倒骗、清偿展限、呈请销案、附则。

3、《大清商律草案》及《商律草案》

光绪三十四年（1908年），修订法律馆邀请志田饵太郎起草商法典，仿日本法例，起草《大清商律草案》，作为独立的、系统的商法典，此为我国编纂近代商法法典之始。该法案共分总则、商行为、公司法、票据法、海船法等五编，共计1008条。这一体例与当时日本实施的明治新商法的结构几乎完全相同。从内容上看，它主要仿照了日本明治新商法和1900年《德国商法典》。由于各商会认为“修订法律馆所编之《商律》（《大清商律草案》），系直接采取日本法，恐于国

情不甚相合”，于是在上海召开商法大会，并编成《商法调查案》，上呈清政府，农工商部复加修订，定为《商律草案》，奏请清廷提交资政院核议，因武昌首义的爆发，未及议决颁行。

清末的商事立法，是我国近代商事立法的开端。从清政府为振兴工商于1903年设商部，颁行《奖励华商公司章程》，以封爵授勋来鼓励商人投资，并陆续颁行《华商办理实业爵赏章程》、《改订奖励华商公司章程》，为时人励赞：“一扫数千年‘贱商’之陋习，斯诚希世之创举”开始，到清政府灭亡的8年间，其商事立法虽属草创阶段，但它破除了中国几千年来以公法为中心的旧的立法体系，改变了“诸法合体”的法律编纂模式，开始了中国商事法律近代化的进程，使人们认识到作为私法范畴的商事法在整个法律体系中的重要地位，启发了近代中国人的私法观念，为随后的民国商事立法提供了有益的参考。其中《商律草案》较多考虑了中国商事习惯和通行的商法原则，内容上趋于合理，但未施行旋即清廷被推翻，成了北洋政府修订《商人通例》和《公司条例》的蓝本。同时，其一方面体现了中外法律文化的初步结合；另一方面也彰显了政府与民间的立法互动。这些有益的尝试开创了中国民商事立法的先河，为民国的商事立法活动奠定了基础，并且为以后的商事立法提供了宝贵的经验。值得我们在研究中国商法时予以一定的重视。

我们从清朝商事立法过程中可发现：中国商事法律从出现伊始即以单独法典形式立法，借鉴当时德国、日本例，通过民商分立的立法模式调整上是法律关系。鉴于“中国之属于德国法系已经是既成事实”，注仿德国例采“民商分立”之模式有其可取之处。

（三）中华民国及其以后的商事立法

辛亥革命后，北洋政府统治时期，商事立法有所发展，先后公布了《公司保息条例》（1914年1月）、《商人通则》（1914年3月）、《公司条例》（1914年公布、1923年修正）、《商业注册规则》

（1914年7月）、《证券交易所法》（1914年12月）、《物品交易所条例》（1921年3月）、《商标法》（1923年5月）等商事法律。这一时期，虽然商事单行法续有制定颁行，但仍然延续着清末编纂独立商法典的体例。修订法律馆“曾有民商合编之拟议，终以改编之业，繁而难举，非假以岁月不克事，而当力图改进司法，收回法权之际，又未便将此等关系重要法典，置为缓图，故仍分别修订”。因此，1922年修订法律馆法国顾问爱斯加拉起草了《商法法典》，时人称“草案之条文，不啻将中国旧有之习惯，及各国立法上之经验，合为一物也”。法典虽称良善，但并未付诸表决通过，仍然是一个草案而已。至此中国统一商法典编纂之路就此结束，“民商分立”之立法模式宣告失败。

在中国法律近代化的进程中，南京国民政府时期立法成果最为丰富，只短短几年时间便初步建立了较为完备的六法体系。但在商法编订体例上，南京国民政府却一反清末以来制定统一商法典的传统做法，在编纂民法典时，将通常属于商法总则内容的经理人及代办商、商行为部分的交互计算、行纪、仓库、运送营业、承揽运送及隐名合伙均并入《民法典债编》，其他具有特殊性质的商事法如公司法、保险法、海商法、破产法等不能合并者，则分别制定单行法，即实行所谓的“民商合一”。

在当时，主张民商二法统一的理由主要有：（1）民法与商法，同属私法，均为私人相互间法律关系规范，没有分别制定之必要；（2）商法本为商人阶级立法，中国近代商业发达较迟，商人并无特殊地位，强行划分，反失近代平等之世界趋势；（3）商法过重商习惯，其效力优于普通民法，商法存在，商人常较普通人保护为优，所以商法根本没有存在的理由；（4）民法商法并存，审判官关于审判管辖诉讼方式及举证方法等，会产生适用上的困难，易生实体规定冲突。通过一部分学者与立法界人士的历史考察和理论探讨，认为“民商法对立之理由，完全由于历史相沿、积习使然”，没有理论上的根据。在土耳

其、暹罗、苏俄先后颁布民法典之后，制定民商合一法典似成一种世界发展的必然趋势，中国亦不能独立于世界大趋势之外。

有了以上的理论基础，1928年5月，南京国民政府立法院院长胡汉民、副院长林森向中央政治会议正式提议编订民商统一法典。同年6月，中央政治会议第183次会议通过决议编订民商统一法典。从1929年开始，民法典各编陆续制定颁行。仅就形式而言，南京国民政府制定的民商合一法典，尽管债编占有整个民法典的重要篇幅，其内容仍较瑞士债务法规定的范围为窄，关于商业登记、商号、商业账簿等项未有规定，而不得不准用北京国民政府时期《商人通例》中的有关规定，而公司、保险等仍要制定单行法。因此，编入民法典中的仅为商行为及商法总则中的一部分内容，其他大部分内容并未形成合一之法典，对民法仍处于特别法的地位。“实际上所收效果，竟与以商法为民法以外之一法典者无异，或且更甚。”[注]名为合一，实未能成合一之民商统一法典。

1949年2月，中共中央发布“关于废除国民党的六法全书”的指示，南京国民政府建立的法律体系在大陆完全废止，新中国完全在空白的基础上重新开始商事法律的建设。但是，由于我国建国后在经济体制上全面学习苏联，逐步建立起高度集中的计划经济体制，否定和排斥商品经济，民商法失去了存在的社会经济基础。再加上从1957年以后政治运动不断，法制遭受否定，商事法制建设受到严重冲击，因此到1976年“文化大革命”结束时，我国的商事法律制度几乎处在空白的状态。可以说，在上世纪50年代末至70年代末，我国“对于商品经济与商事法的清除，历史上没有比此一时期更为彻底。”[注]

由以上论述可知，自清末中国出现真正意义上的商事法律法规，至上世纪70年代末我国改革开放前的百余年间，商事立法从最初的编纂统一商法典，到建立“民商合一”体制，编纂涵盖商法内容的民法典，至几乎完全清除商事法律法规，经历的是一条曲折的、自我否定

之立法历程。但是，无论在以上哪个历史时期，或受到当时中国经济、政治背景影响，或受到立法水平的局限，独立的商法典抑或真正意义上的“民商合一”之民法典，均未曾在中国出现或起到应有之作用。独立之商法典、“民商合一”之民法典，在我国商事法律发展过程中都缺乏历史土壤。我国商事法律关系更多的是依赖于大量的商事单行法和商事习惯来调整。

自上世纪70年代末我国进行改革开放以来，我国的商品经济得到了飞速的发展，大量新的商事关系、商事主体层出不穷。而随着开放程度的不断深入，国门的愈加开放，国际商事习惯、商事法规等源源不断地涌入我国，尤其在我国加入WTO后，这一趋势愈发明显。我国商事立法的缺失和滞后已经严重影响了我国商品经济的发展，商事立法速度急待加强。

二、中国目前“民商合一”与“民商分立”论战之理论辨析

自20世纪70年代末期改革开放后至今，中国私法学界关于商事立法模式的争论主要围绕着三种理论展开：其一，制定民法典，统一调整民商事关系，将调整部分商事关系的规范分别编纂为单行的商事法律。持此观点者认为“商法独立于民法的基础已经不复存在”；[注]其二，制定商法典，调整所有商事关系。倡导此种立法模式的学者认为，“只有民法、商法分别立法，才能对‘进一步完善民商法律’有准确理解。把‘进一步完善民商法律’硬要解释为民法包括商法或合一立法，至少是一个不该有的语义上的错误”，[注]不赞成“商法作为民法的特别法”和“商事法律没有规定的适用民法”的观点。

主张“民商合一”论者，根据“民商合一”之传统理论及当今中国国情，提出的主要理由总结如下：

1.商法与民法并列是历史原因造成的。它来源于作为商人身份法的商人法，而中国自古至今并无特殊的商人阶级，自然也不需给予优待。且人生而平等，不应因人的职业或行为不同而特别立法。

2.商事法是否适应商事不断发展进步的要求与民、商法是否分立无关，民法不能适应经济生活时也当改则改，商法的修订也未必跟得上形势。如德国商法典的修订就跟不上经济发展的要求，而英国不分民商，其制定法的修改却十分及时并贴切形势。

3.商事活动虽然存在着一些不同于一般民事活动的特殊问题，但这些问题可以通过制定单行法规的办法来解决，并不构成在民法典外另立一部商法典的理由。而我国历来奉行以民法为核心的一元单核私法体系，另立商法必然会出现二元双核的私法体系，从而导致现存私法体系层次难分，给司法实务造成不必要的混乱。

4.民商合一是立法趋势，一些原来采取民商分立体制的国家后来改采民商合一体制。意大利的商业和商法发展最早，其主张民商合一最力；英美工商称雄世界，却民商分立，所以民商分立与否，与工商发达与否并无关系。民商分立国家主张由分而合的学者甚多，只因旧制历久，理论的力量一时尚不能改变，而趋势是相当明朗的。

5.商法是民法的特别法，民商法相连处甚多，民商分立将难以避免商法典与民法典内容上的重复和矛盾，会造成法律适用上困难。况且商法缺乏内在和谐、严谨的体系结构，难以制定出涵盖所有商事制度的商法典。而且以理性主义为指导的法典万能的神话早已被打破，试图通过理性的设计穷尽生活的一切方面的法典事实上从来没有出现过。

6.“如果采用民商分立的话，究竟采用商人主义立法还是采用商行为主义立法，不易取舍。各国商法典的内容极不一致。另外，法典一般订有总则，以纲举目张、贯串全体，但商法则不能通过总则统领和

贯串整部法典。在具有单独商法典的国家，商法是作为民法的特别法，但最重要的买卖契约，仍多规定于民法，而民法中的营利性社团法人，仍须准用商法。除了一些特别的制度外，民商法重复交叉的地方太多，分别立法不易划清”。[注]

然而，随着时代的变迁和社会的发展，人们开始反思传统民商合一模式的合理性，并以此得出“民商分立”，编纂独立的商法典的必要性理由：

1.商人阶层作为特殊阶层虽已消失，但企业这种不同于一般民事主体的商主体仍然存在，而且在现今商品经济社会中，企业早已成为最重要的商主体。在一定程度上，企业即等于商人。而传统商“人”的自然人属性也逐渐被企业的团体属性所取代，这与民事主体属性有着极大的不同。商行为也因必须有一方是商主体或通过商主体始能发生及其本身的营利性特性而与一般的民事行为有明确区别。

2.任何法律一旦以法典的形式出现，其修订程序都远远难于以单行法为形式的法律法规，其滞后性也远远大于单行法。这是由法典编纂的严肃性和法典结构的严谨性所致。伴随着社会分开的日益细致，生产力水平的急剧提高，生产关系的日趋复杂，商事活动呈现出日益现代化和复杂化，商事法需要以不断革新的面孔适应其需要。由此可见，商事法律的灵活性和益变性远大于民法，难于通过修改民法典的办法来满足商事法律的变化。

3.民法与商法存在着极为密切的联系，但其差异性也是很明显的，两者在立法的价值取向、调整对象、法律责任制度等方面有极大不同，不能因两者存在的共同性而否认商法形式上的独立性。同时，商事主体在商事活动中的自我调节机制是有局限性的，需要国家以社会的名义进行整体调节，政府对于私法关系逐渐改变以往的放任注意态度，这种调节方式与民法是有着显著的不同，难融于民法典中。

4.竭力推行民商合一的国家，或者是地域小、人口少、经济关系并不十分复杂、法律体系比较单一的国家，如瑞士、荷兰、丹麦、挪威等；或者是资本主义经济关系仍处于不发达状态、资本主义的市场经济矛盾表现得很不充分的国家，如20世纪二三十年代的中国、蒙古以及已实行社会主义计划经济的苏联。相当多的大陆法系国家仍采用民商分立的立法模式，而《美国统一商法典》更是商事法律立法的典范。

5.在奉行民商合一的国家中，民法与商法也仅仅是一种形式上的合一，即将商法典的内容附加到民法典之中。这种简单的合并，在立法技术上和法律适用上衍生了许多问题，它不但未能解决实体商法的独立性，反而给民法本身的协调增添了许多问题。就商法本身的性质和发展趋势而言，民商合一会妨碍商法的发展。商事活动从古至今就具有国际性的特点。尤其到了现代社会，世界经济的一体化进程使商法重新从国内化的侄梏中摆脱出来。正如英国法学家施米托夫所说“我们正在开始重新发现商法的国际性。国际法—国内法—国际法这个发展圈子已经自行完成。各国商法的总趋势是摆脱国内法的限制，朝着普遍性和国际性概念的国际贸易法的方向发展”。而这种国际性也决定了商法无法完全融于属国内法的民法典中。至于究竟采用德国主观主义、法国客观主义抑或日本折衷主义，可随着我国商法学研究的不断深入，结合我国国情和经济发展方向，进一步探讨之。

通过比较“民商合一”论和“民商分立”论的各自立法理由，我们很容易发现，两种立法模式都有着充足的理论基础和丰富的立法理由，但也都存在着其自身无法克服的理论缺陷。而且，此两种理论针锋相对，彼此互为矛盾，难于以充分的法理彻底驳斥另一方理论。如果就此持续争论下去，不仅难于得出最终结论，而且也无太多实际意义，对于我国商事立法活动反而有巨大的阻碍作用，影响我国商事活动的快速发展。因此，跨越此两种理论的第三种选择也就孕育而生：在不影响以现有民法为核心的我国“一元私法体系”框架下，不编纂独立之

商法典，利用现存已立之大量商事单性法律法规，构建脱离未来民法典的“商法通则”。即，以商法通则为核心，以大量商事单性法律法规为主干，通过民法典中相关制度加以补充，构建我国民商事法律法规体系。有的学者称此种主张是折衷主义学派的观点。

更有学者认为，在现代社会中，民法与商法之间有着千丝万缕的联系，没有民法，商法将陷于瘫痪；没有商法，民法对社会生活的调整也是有缺陷的。二者相辅相成，缺一不可，不可能完全人为地割裂开来。中国应采取私法二元结构的立法模式，即采取具有了中国特点的民商分立的立法模式，在《民法典》之外再单独制定一部相对集中的带有商事总则性质的法律。不过，为维持全部法律体系的统一与立法上的经济原则，在该部法律中不必将所有涉及商事关系的一般规则都无一遗漏地规定，仍然要注意对民法一般规定的合理适用，但是，对于明显区别于一般民事关系的特殊商事关系的调整规范，则应予以尽可能全面地规定。也就是说，在《民法典》之外，我们还应制定自成体系而又明确规定以《民法典》为补充的商法通则。其理由如下：

1、主张在民法典之外不另立独立之商法典，并不是要否认商法的存在，恰恰相反，这种模式的设计至少有以下四点好处：

首先，适应了当今世界商法的立法趋势—没有将所有商事法律都纳入法典，而是在商法典之外再另行制定单行商事法律。

其次，尊重了中国的立法传统—所谓不再制定一部与《民法典》完全抗衡的商法典。

再次，不仅没有打破中国现行的商法体系—目前主要由一系列单行法律、法规构成的商法体系，而且还制定出了一部统帅这些分散的单行法律的商法总则性的基本商事法律。

最后，顺应了中国经济发展的需要，为中国商业经济的进一步稳定、健康的发展，提供了法律的保障。

2、制定“商法通则”可以解决一些困扰民法典的问题。民法中的主体制度一般采取自然人和法人的两分法，在理论与实践中都有其局限性。例如合伙是否为一类独立的民事主体，在民法上仍悬而未决；但合伙作为商主体却是没有疑问的。又如个人独资企业既不是法人也不是自然人，其法律地位如何，在民法上不无疑问；但却可以在商法通则中予以明确。

3、在现实条件下，在民法典中规定商法规范无疑会加大中国民法典制定的难度。所以将商事关系中具有共性又不同于民法的一般规定集中起来，制定一个总则性质的“商法通则”应该是一种有效率的制度安排。事实上我们也看到，在《中华人民共和国民法（草案）》中根本就没有关于商法的一般性规定。

4、建立商法通则加单行法的立法模式，兼具原则性和灵活性，有助于形成商法开放的体系，有利于商法适应剧烈变动的社会经济生活的现实的需要，得以充分发挥商法的积极效力。

其得出的结论是：中国在民法典之外不另立独立之商法典，制定商法通则，建立一个商法通则加单行法的立法模式。

从以上的争论中可以看出，持两种截然不同观点的学者们的思想应当说是各有千秋，但是，笔者还是认为，中国应实行以商法通则为统率的、实质商法主义的、带有中国特色的、不同于传统意义上的“民商分立”的立法模式。

笔者持民商分立的观点是建立在实质商法主义的基础之上的，主张在中国应实行实质商法主义的民商分立。所谓实质商法主义的民商分立，是相对于形式商法主义的民商分立所衍生出来的概念。形式商

法主义的民商分立以制定独立商法典为其立论的基础，并在此基础上实现民法与商法的彻底分立，而实质商法主义的民商分立则不以制定独立的商法典作为民商分立的基础，只是主张要承认商法的相对独立性，要促进我国商法的体系化进程，使之成为一个有特定的规范对象和适用范围的法律体系和法律部门。主张民商分立的宗旨，是要使实质意义的商法自成体系、自成部门，反对以民法取代商法或以商法取代民法这样两个极端化的错误主张。至于形式意义上的商法典的有无，并不是问题的关键。因为即使是在没有独立商法典的国家中，商法也有其生存的空间，也保持了相对独立性。在司法实践和法律学说上，与有单独商法典的民商分立体制并无大的差异。我国目前既没有独立的商法典，也没有体系完备的民法典，在传统上属于民法或商法的大量的法律、法规，仍以单行法的形式存在。在学理上，除少数学者主张制定民商合一的民法典外，还没有形成法典意义上的民商合一的共识。因此，我国目前对民法与商法关系的处理既不是典型的民商分立体例，也不是典型的民商合一体例。尽管如此，也必须清醒地看到法典意义上的民商合一论已经实际地威胁到商法的独立。在这种情况下，倡导实质商法主义的民商分立，既现实又迫切。

为积极倡导实质商法主义的民商分立论，首先必须实事求是地坚持商法的独立性。近些年来，我国的商法学者对此已进入了深入的研究，概括已有的研究成果，足以构成商法独立的理论基础是：第一，私法二元结构的生成是商品经济发展的必然产物，也是商法相对独立的基础。“私法一元化”（指以民法取代商法）不仅会在客观上制约商法学理论的形成和发展，严重制约商人精神的培育和商人素质的提升，而且还有碍商事制度的供给，制约商人法制的进程。[注]第二，渊源于贸易本位的交易效率价值、交易安全价值和交易公平价值等，是商法特有的价值观和价值基础。[注]第三，作为商法调整对象的“商”，其本质是资本谋求价值增殖的活动，资本的运动使商具有了营利性和经营性特征，从而构成了商法有别于民法的调整对象。[注]第四，商事

交易具有区别于民事交易的巨大差异，表现在交易主体从自然人到公司，交易客体从特定物到种类物，交易目的从对标的物的实际利用到转卖营利，交易过程从“为买而卖”到“为卖而买”，交易对价从等价到不等价，交易链由短到长，交易特点从随机性到营业性，交易条件从任意到定型。商事交易所表现出来的与民事交易不同的特点，蕴涵着商法与民法截然不同的理念，并要求用商法规范予以特殊保护。[注]第五，商法与民法的区别不仅表现在原理和总则上，在单行的商事法律中则尤为明显。有学者对票据法中票据行为的要式性、文义性、无因性、独立性、连带性等特征和海商法中国际性及制度构成和司法实践等加以分析，进一步论证了商法的独立性。[注]

总之，在“私法二元化”的结构下，商法的独立性应当得到起码的承认和尊重，任何企图以民法取代商法的观点，都是对“私法二元化”结构的人为破坏，“私法一元化”无力完成对市场经济关系的法律调整。在强调商法独立的同时，我们也不能忽略商法与民法之间还有着千丝万缕的联系，不能重蹈“民法商法化”之覆辙。

其次，应坚持实质商法主义的民商分立还必须勇于进行模式创新和制度创新，为适应对统一市场的法律调整，应当适时地提出制定商法通则的立法建议或者草案建议稿，以实现商法对统一市场的全面规制，并实现商法体系自身的健全与完善。

上述的所谓以商法通则为统率的、实质商法主义的、带有中国特色的、不同于传统意义上的“民商分立”的立法模式，虽不强求制定独立的商法典，但并不等于安于现状，无所作为。笔者之所以提出制定商法通则的建议，主要是基于以下考虑：

其一，我国采用单行商事法律的立法模式，虽然有灵活、务实、简便等优点，但由于缺乏总则的统率，难收纲举目张之效，使单行商事法律变成了孤立、单一的法律，不能形成商法内在应有的体系，这

显然不利于对我国市场经济关系的统一规制，亦无助于对单行商事法律原则、制度、规则的统一理解，更不利于对单行商事法律的贯彻实施。此种状态下的商事法律，有如一个人只有四肢躯干而没有头脑，无法通过头脑的指令来驱使四肢的自如运动。

其二，意图通过制定民法典来解决商法欠缺总则的问题，只是部分学者的一厢情愿，事实上起草中的民法典不仅不可能囊括商法分则的内容，也不可能包容商法总则的全部内容。囿于自身性质的局限，民法的内容不可能无限膨胀，更不可能取代商法而形成“私法的一元化”局面。如果不顾及民法自身的属性，让民法典涵盖了商法总则的全部内容，那就势必造成民法的异化，使民法典变得不伦不类。据此，解决单行商事法律缺少总则统率的问题不能寄希望于民法，必须靠商法自身的健全与完善。

其三，在实行实质商法主义的民商分立体制下制定商法通则，既可矫正追求形式商法主义的偏颇，又可实现商法体系的完善，同时又不根本性地改变我国采用单行商事法律的立法模式，这种一举而三得的立法动议，理应得到我国立法机关的采纳。

其四，就我国商事立法的现状分析，由于长期以来国内市场与国外市场的分别管理，加之国内市场的多头管理，导致政出多门，立法多头，与统一市场、统一规制的市场经济的法制要求极不适应。同时，由于商事立法缺少系统性和前瞻性，致使商事法律、法规杂乱无章，缺乏统率，不成体系。此种状况已经到了非改不可的时候了，否则必将误商误民误国。商务部的成立，一方面标志着我国政府顺应时代潮流、统一国内市场与国外市场的决心，另一方面，也预示着我国的商事活动将进一步与世界接轨。这就要求首先必须统一法制，因为只有统一法制才可能统一市场。笔者真诚地期待着新组建的商务部能够协助国家的立法机关担当起统一商事法制的神圣使命，当务之急就

是要研究并论证商法通则的制定，尽快改变商事法律群龙无首的局面，为统一商事法制奠定基础。

总之，笔者建议应当尽快提出一份“商法通则草案建议稿”呈送全国人大常委会法制工作委员会，加快中国商法通则的立法步伐，为中国经济的腾飞提供更为可靠的法律保障。

三、制定商法通则之理论优势

商法通则，作为调整商事关系的一般性规则，它指导其他单行商事法律，如公司法、合伙企业法、个人独资企业法、证券法、票据法、保险法、商业银行法、破产法等的适用，同时又区别于这些单行法律，可以单独适用。[注]

但是，这里需要指出的是：商事通则和“商法总则”是不同的概念，有成文商法典的大陆法系国家，其法典的总则部分内容各不相同，不过一般涉及商事主体（商人）身份、商事登记、商号、商事簿记、商事代理及经理权、商事辅助人（如代理商、经销商、行纪商等）；而商事通则的概念，大致相当于这些商法典的总则部分和商行为部分的总称，比“商法总则”概念涉及的范围更为广泛。原则上，可以认为商事通则的内容基本相当于国内商法学研究中“商法总论”的内容。而且，目前国内高校法学专业开设的“商法总论”课程以及相关教科书，其内容也大致与上述对商法通则的界定近似。

关于设立商事通则之必要性，有学者持怀疑态度：“制定诸如商人、商行为、商事代理之类的总则性规范没有必要。所有的特别法都可以统一适用民法典总则，主体适用主体的规定，行为可以适用民事法律行为的规定，诉讼时效适用统一的民事诉讼时效的规定，商事代理可以适用一般代理的规定。”这一理解有待商榷，对于商事主体和商事交易的需要显然注意不够。虽然诸如主体制度、法律行为制度、代

理制度、物权制度、一般债法制度等，都是民商法共有的。其中对一般民事主体和一般民事法律行为都适用的制度，当然地适用于商事主体和商行为。这也是在民商分立国家，凡《商法典》中没有特别规定，就适用《民法典》等民事法律的原因所在。这种现象并不能说明所有商事交易中的法律关系都可以被《民法典》所包含。实际上，由于商事法律关系的营利性特征，使它除了具有与一般民事法律关系的共性之外，还有很多特性存在，而这些特性体现在实然法的规则上，即为各商事法律的内容。如果淡化这些差异，忽视民、商法中不同性质的相似法律规范，必将导致较为严重的立法和实践问题。而只要在商事通则性的立法中体现出商法对这些制度的特殊规定，这种由民、商法差异所引起的问题就至少会得到很大程度上的缓解。更由于商事主体资格、商事登记、商号、商事簿记等纯粹属于商法特有的一般性制度的存在，我们可以认为，《民法典》和特别商事法律之间仍然存在着巨大的立法空白，这一空白需要通过商事通则性的立法来填补。

笔者认为，设立商法通则，以其为商事法律法规之一般性法律之理论和实践优势在于：

1.有利于我国理论界结束长达半个多世纪的无休止的争议。纵观我国商事立法史，自清末和民国初期实行民商分立的立法格局以来，至南京国民政府力主采民商合一立法模式，学者对于“民商合一”与“民商分立”立法模式的优劣就一直争议不休。1929年《中华民国民法》第一编总则公布后，由立法院院长胡汉民等人向国民党中央政治会议第183次会议提交了一份关于制定民商统一法典的提案，政治会议审查通过了该提案，并从八个方面进一步阐述了采用民商统一法典的理由，这对中国法学界的影响非常深远。在中国改革开放的历史条件下，大陆学者又陷入了“民商合一”和“民商分立”旷日持久的争论，其实，现在主张“民商合一”观点的许多学者，其论点、论据并没有超过该提案的八点理由。我国如果制定了商法通则，就会结束理论界长达半个多

世纪的无休止的争论，使理论界集中精力研究我国民法、商法和经济法的现代化和协调发展问题。

2.中国采用单行商事法律的立法模式，虽然有灵活、务实、简便等优点，但由于缺乏总则的统率，难收纲举目张之效，使单行商事法律变成了孤立、单一的法律，不能形成商法内在应有的体系，这显然不利于对我国市场经济关系的统一规制，亦无助于对单行商事法律原则、制度、规则的统一理解，更不利于对单行商事法律的贯彻实施。此种状态下的商事法律，有如一个人只有四肢躯干而没有头脑，无法通过头脑的指令来驱使四肢的自如运动。[注]而通过设立商法通则，就可以改变这种状况，以其统领商事单行法，形成我国商事法律的有机系统。同时，与编纂涵盖商法内容的民法典或是独立商法典相比，结合我国现有商事单行法，仅编纂商法通则，其立法成本要大大减少。

3.渊源于贸易本位的交易效率价值、交易安全价值和交易公平价值等，是商法特有的价值观和价值基础。[注]作为商法调整对象的“商”，其本质是资本谋求价值增殖的活动，资本的运动使商具有了营利性和经营性特征，从而构成了商法有别于民法的调整对象。[注]商事交易具有区别于民事交易的巨大差异，表现在交易主体从自然人到公司，交易客体从特定物到种类物，交易目的从对标的物的实际利用到转卖营利，交易过程从“为买而卖”到“为卖而买”，交易对价从等价到不等价，交易链由短到长，交易特点从随机性到营业性，交易条件从任意到定型。商事交易所表现出来的与民事交易不同的特点，蕴涵着商法与民法截然不同的理念，并要求用商法规范予以特殊保护。[注]这一系列商事法律法规内在价值属性客观上要求商事法律体系必须是独立的部门，也必须存在统领商事单行法的一般性法律以明确规定商事法律的独有价值追求。

4.超越“民商合一”与“民商分立”，制定商法通则不仅是商事法律外部立法选择的客观要求，更是商法内在发展趋势的必然要求。自上世

纪80年代末兴起的知识革命以来，人类社会发生了巨大的变化，尤其在经济领域内，经济飞速增长，新产业、新技术层出不穷，商业关系日趋复杂、多样，扩地区、跨国商业往来与日俱增，作为社会上层建筑的法律制度也随之发生变化，特别是作为调整商事活动的商事法律法规更是呈现出与以往更为显著的巨变。其发展趋势主要呈现出：（1）动态化趋势；（2）大陆法系和英美法系的相互渗透；（3）国际化与统一化趋势。这些发展趋势使得各国商事法律法规不断修改、不断变化，而世界性的商事条约、商事规定、商事组织规章也日益增多，这些国际性法律法规成为国内商事法律的重要法律渊源。而在国际法向国内法的移植、融合过程中，必然要求存在基础性法律来统领本国原有的法律传统、法律价值等核心要素，使得不同国家、不同法系之法律融合能够做到协调发展，也只有商法通则在商法发展过程中能起到这一重要作用。

5.就我国商事立法的现状分析，由于长期以来国内市场与国外市场的分别管理，加之国内市场的多头管理，导致政出多门，立法多头，与统一市场、统一规制的市场经济的法制要求极不适应。同时，由于商事立法缺少系统性和前瞻性，致使商事法律、法规杂乱无章，缺乏统率，不成体系。而制定“商法通则”，既可矫正追求形式商法主义的偏颇，又可实现商法体系的完善，同时又不根本性地改变我国采用单行商事法律的立法模式，这种一举而三得的立法动议，理应得到我国立法机关的采纳。

中国著名商法学者赵旭东教授则更为明确地阐述了制定商法通则的五大理由，即：（1）制定商法通则是超越民商合一与民商分立争议的务实立法选择；（2）制定商法通则是商事法律制度自身体系化、科学化的必然要求；（3）制定商法通则有利于填补中国当前商事法律规定不足，统一协调和解决相关法律制度之间的矛盾与冲突；（4）通过制定商法通则可以提升有关商事制度的立法层次，加强对商事关系的法律调整；（5）社会经济发展、法律意识的提高、立法和司法方面的

实践经验以及丰富的理论研究成果，已为制定商法通则打下了坚实的立法基础。㊟

综上所述，笔者认为，制定一部完整的商法通则，不仅是十分必要的，而且应成为中国立法活动中一项重要的工作。

---

1. 聂宝璋编：《中国近代航运史资料》，第一辑，下册，上海人民出版社1983年版，第771页。
2. 参见冯筱才："从'轻商'走向'重商'"，载《社会科学研究》2003年第2期。
3. 参见王尔敏："商战观念与重商思想"，载《中央研究院近代史研究所集刊》，1976年第5期，第21、42页。
4. 张晋藩：《中国近代社会与法制文明》，中国政法大学出版社2003年版，第146页。
5. 转引自阮忠仁：《清末民初农工商机构的设立——政府与经济现代化关系之检讨》，台湾师范大学历史研究所1988年版，第8页。
6. 陈亚平：《清代法律视野中的商人社会角色》，中国社会科学出版社2004年版，第298页。
7. 见郑观应：《盛世危言·商务三》，华夏出版社2002年版，第316页。
8. 郑观应：《盛世危言·商务一》，载赵靖、易梦虹主编：《中国近代经济思想资料选辑》（中册），中华书局1982年版，第101页。
9. 陈炽："创立商部说"，载赵靖、易梦虹主编：《中国近代经济思想资料选辑》（中册），中华书局1982年版，第84页。
10. 参见郑观应："附译：英国驻沪总领事哲美森辑《英国颁行公司定例》"，载《盛世危言》，华夏出版社2002年版，第323-327页。
11. 康有为："条陈商务折"，载《康有为政论集》（上册），中华书局1981年版，第326页、第328页。
12. 见朱寿朋、张静庐：《光绪朝东华录》（四），中华书局1958年版，1984年重印，总第3637页。
13. 同上注，总第4142页。
14. 见《大清光绪新法令》，商务印书馆1910年版，第1册，谕旨，第9页。
15. 林咏荣："我国公司立法的回顾、检讨与展望"，载潘维和主编：《法学论集》，台北中国文化大学出版社1983年版，第463页。

16. 张铭新、王玉洁："略论清末《公司律》的产生及特点"，载《法学评论》，2003年第3期。

17. 梁慧星："松散式、汇编式的民法典不适合中国国情"，载《政法论坛》2003年第1期。

18. 【日】我妻荣：《中国民法债编总则论·序》，洪锡恒译，商务印书馆，1935年版。

19. 王志华："中国商法百年（1904-2004）"，载《比较法研究》2005年第2期。

20. 王利明："中国民法典的体系"，载《现代法学》2001年第4期。

21. 徐学鹿.："论进一步完善民商法律"，载《法制与社会发展》1995年第2期。

22. 郭锋："商法演进及其在中国的命运"，载http：//www.civillaw.com.cn/article/default.asp？id=15287，2004-4-6.

23. 参见冯果、卞翔平："论私法的二元结构与商法的相对独立"，载《中国商法年刊》创刊号，上海人民出版社2002年版。

24. 参见胡鸿高："商法价值论"，载《中国商法年刊》创刊号，上海人民出版社2002年版。

25. 参见殷志刚："商的本质论"，载《法律科学》2001年第6期。

26. 参见王有志、石少侠："民商法关系论"，载《中国商法年刊》创刊号，上海人民出版社2002年版。

27. 参见王小能、郭瑜："商法独立性初探"，载《中国商法年刊》创刊号，上海人民出版社2002年版。

28. 王保树："商事通则：超越民商合一与民商分立"，载《法学研究》2005年第1期。

29. 石少侠："我国应实行实质商法主义的民商分立——兼论我国的商事立法模式"，载《法制与社会发展》2003年第5期。

30. 胡鸿高："商法价值论"，载《中国商法年刊（创刊号）》，上海人民出版社2002年版。

31. 殷志刚："商的本质论"，载《法律科学》2001年第6期。

32. 王有志、石少侠：".民商法关系论"，载《中国商法年刊（创刊号）》，上海人民出版社2002年版。

33. 详细内容可参见：赵旭东："制定商法通则的五大理由"，载《中国法学会商法学研究会2007年年会参会论文集》第55~60页。

第二节 制定“商法通则”的可行性

制定商法通则既是必要的也是可行的。笔者认为，从目前的情况来看，中国制定商法通则的时机已经成熟、条件基本具备，主要表现为：（1）中国已经颁行了大量单行的商事法律、法规和规章，为制定商法通则奠定了坚实的立法基础；（2）中国已经审理了大量商事案件，为制定商法通则提供了相应的司法经验；（3）中国已经加入了WTO，为制定商法通则提供了可资遵循的国际准则；（4）中国的市场经济得到了迅速发展，为制定商法通则打下了一定的经济基础；（5）中国商法学界形成了不少卓有成效的科研成果，为制定商法通则奠定了一定的理论基础。

在这里，笔者要特别强调的是：制定一部商法通则可能更加符合中国立法机关的意愿，也将有利于尽快完善中国的商法体系。

众所周知，在立法实践中，中国的民商立法体系在较近的时期内，是不可能轻易改变所谓民商合一模式的。该模式不仅已经在中国一些有影响力的民商法学者的头脑里根深蒂固，而且也得到了中国最高立法机关的高度认可，因此，欲在短期内改变这种模式是不可能的。为了能够尽快实现完善中国商法体系，促进中国商业的发展，保护中国商主体的权益，实现中国与国际商法的尽快接轨，在国际上维护中国的利益，本书认为，作为那些迫切希望中国商法体系尽快完善，中国的形式商法能尽快出台的商法学者们，应该采取立足现实，脚踏实地的工作作风，在为中国商法的未来去呐喊、去呼吁、去奋争的同时，不妨采取更多的务实的心态，以不贪图大而全，只追求精而实的精神，以为中国商法的发展铺垫好一块一块坚实的台基石的精神，去做我们能够做到也应该能够做到的事情。这个事情就是：坚持实质商法主义的民商分立原则，对于中国特色的商法体系勇于进行模

式创新和制度创新，为适应对统一市场的法律调整，应当适时地提出制定商法通则的立法建议或者草案建议稿，以实现商法对统一市场的全面规制，并实现商法体系自身的健全与完善。那种到现在还热衷于空谈的现象，应该休矣！

任何事情都不是等来的，而是干出来的。什么叫做可行性，实际上就是先入为主，只有在你拿出一个切实可行的具体的方案，或者干脆提交一个成熟的草案，到那时，即使是不可行的事情可能也会成为可行性的东西的。因此，尽快地出台一部甚至几部商法通则的草案建议稿，才是我们商法学者应当去认真从事的工作。那种怨天尤人、愤世嫉俗、书生式的研讨态度和做事方法，可能永远也不会产生所谓的“可行性”结论。

因此，我的可行性结论就是：大胆地去研究，大胆地提出自己认为可行的商法通则草案建议稿，并且一方面呈送到国家最高立法机关，另一方面尽快向社会公布，以赢得社会各界，尤其是商界同仁的认可和关注，从而为立法打下牢固的社会和舆论基础。任何一部法律，如果离开了社会的认可和舆论的肯定，是很难发挥其应有的社会效果的。这就需要法学者的鼓噪与呐喊，需要法学者的辛勤地耕耘。抛弃浮躁，埋头苦练，引领潮头，勇于超越，才是我们法学者的真正的精神和责任之所在。

第三章 制定商法通则的基本原则

笔者认为，中国制定商法通则应当遵循以下基本原则：

一、统一性与配套性相结合的原则。从法律性质来讲，商法通则是中国商法作为一个独立法律部门的重要法律表现形式，在中国整个法律体系中应居于商事基本法的地位。制定商法通则的背景条件就是中国现行的单行商事法律、法规和规章不能完全适应中国市场经济的发展需要，无法实现对中国国内外贸易的统一调整，况且它们之间也缺乏相应的系统性和协调性。为了实现商事法律的协调统一，我们才选择了制定商法通则这一模式。因此，我们制定商法通则，必须有利于商法体系自身的健全和完善，进一步发挥商法通则的统率功能，统一中国商事主体和商事活动的基本原则、基本制度和基本规则，改变中国商事立法群龙无首的现状，为统一商事法制奠定基础。统一商事法制是一个系统工程，与此相适应，还必须建立健全与商法通则相配套的商事部门法，使其与商法通则的立法精神、基本原则和适用范围相一致。只有这样，才能充分发挥中国商法对现代商事关系的最佳调整功能。

二、稳定性与前瞻性相结合的原则。商法是为了适应市场经济的发展需要而形成的法律部门，而市场经济的发展则是有阶段性的，不同的发展阶段则有不同的发展情况和法制要求。因此，市场经济的发展进程决定了商法的演变过程。根据我国市场经济的现实需要，把实践证明行之有效的商事做法、规则、制度通过商事通则固定下来，使其保持相应的稳定性。如果缺乏必要的稳定性，朝令夕改，随意中断、废弃，商法就没有了权威性，既不利于商事法律的实施，也不利于市场经济的健康发展。但是保持商事通则的稳定性只是相对而言的，并非绝对稳定。因为，市场经济是不断向前发展的。在中国市场

经济的发展进程中，商事主体进行的商事活动发展变化很大，我们不可能也没有必要预先就制定好一套一成不变的商法规范来。因此，商事通则既要保持相对稳定性，又要随着市场经济的发展变化而发展变化，及时反映市场经济的实际情况和发展需求，坚持适度超前、与时俱进的原则，不断吸收现代商法学的前瞻性研究成果，正确引导和积极规范我国商事主体的商事活动。

三、本土化与国际化相结合的原则。法国启蒙思想家孟德斯鸠在论述法律本土化特征时明确指出："为某一国人民而制定的法律，应当是非常适合该国的人民的。"因此，制定商法通则必须立足于中国的国情、中国的市场经济性质和发展现状以及中国的法制传统，决不能脱离我国的实际情况。但当今的世界又是一个开放的世界，谁都不能孤立于世界之外，任何国家和地区的商事活动，都不可能在封闭状态下求得发展，只能从各国经济的互补性出发，去适应世界商事一体化的发展趋势。世界商事一体化和国际统一大市场的形成，使得调整商事关系的商法具有明显的国际性。因此，如何处理商事法制本土化与规则的国际化就成了中国制定商法通则必须考虑的一大课题。制定商法通则，既要根植于中国的生存土壤和条件，又要大胆借鉴发达国家成功的商事立法经验，既要注意消化、吸收和磨合，又要防止"南橘北枳"、"水土不服"。

四、理论研究与实践调查相结合的原则

众所周知，商事活动在所有的社会活动中是最活跃而技术性较强的活动，历代的立法者，在从事商法的制定过程中，都十分重视对当代商事活动和习惯的调查，以求立法能够更加准确地反映当代的商事活动的基本情况和特点，从而使得商事立法具有更强的适用性和现实意义。早在近百年前的清末的商事立法中，当时的立法者就开始了规模浩大的商事调查活动。该项活动一直持续到民国时期，对中国的商事立法产生了很大的影响。

中华法系，在清末变法之前，“垂数千年之久。”但中华法系至清末，由于清政府的被动变法修律而导致瓦解，中国开始继受欧陆法律。法律移植与法的本土资源的融合，便一直成为了中国学人苦苦思索而不得要领的问题。于是，对中国固有的商事习惯的追崇和研究，便成为了一些学者关注的问题。他们认为，商事习惯是商事立法过程中无法忽视的本土法律资源，它们“大多数是在民间力量的推动下自发形成的。这些习俗，对于调整民事和商事活动具有十分重要的意义”。(注)在清末与民初的商事立法过程中，出现了一个值得注意的现象—由政府和民间展开了大规模的商事调查活动，它是商事立法进程中的一个重要组成部分，而且极大地影响了民国商事立法活动。

1.商事调查的过程

商事调查的启动在清末。

上海预备立宪公会、上海商务总会、上海商学公会共同组织首先发起全国第二次商法大会，掀起了一股商事调查的热浪，但这只是民间组织的商情调查活动。早在1902年，刘坤一、张之洞、袁世凯等人在保荐沈家本、伍廷芳修订法律的奏折中即已关注“风土人情”对于立法的影响，他们指出：“近来日本法律学分门别类，考究亦精，而民法一门，最为西人所叹服。该国系同文之邦，其法律博士，多有能读我之会典律例者，且风土人情，与我相近，取资较易。”(注)于是，在清政府制定《破产律》之际，立法者即开始注意到商事习惯对于立法的影响了。代表统治阶级利益的立法者已经意识到：“要想制订一套适合中国商人实用的经济法令，光靠移植外国经济法律并无法奏效”，(注)因此，1906年制定《破产律》时，立法者们着手“调查东西各国破产律，及各埠商会条陈、商人习惯，参酌考订”。(注)但那时的规模不大，影响也甚小。

光绪三十三年十月，修订法律大臣沈家本向清政府上书，陈述修订法律办法，其中有云："派员确查各国现行法制……再体察中国情形，斟酌编辑，方能融会贯通，一无抨格，此为至当不易之法。"(注) 该修律办法，得到清政府的支持，因而成为清末后期修律的指导方法。十一月，沈家本又向清政府奏修订法律馆"开馆日期并拟办事章程折"，其中强调："开馆之初，公同商酌，拟设二科，分任民律、商律、刑事诉讼律、民事诉讼律之调查起草。"而《修订法律馆办事章程》第12条规定："馆中修订各律，凡各省习惯有应实地调查者，得随时派员前往详查，其关于各国之成例，得随时咨商出使大臣，代为调查，并得派员前往详查。"从而展开了颇具影响的商事习惯调查。

根据修订法律馆《修订法律馆办事章程》第11条的规定，法律馆仿照其他各部设咨议官，并甄访通晓法政、品端学粹的人员，"分省延请"，但不必到法律馆现场办公，主要职责就是准备随时接受法律馆的咨商。又根据《修订法律馆咨议宫章程》之相关规定，各省提法使、按察使均应该兼任法律馆谣议宫，此外，深通中外法律的人士，可由法律馆随时"延访奏明派充"。"各项法律事件"应由兼任咨议官的各省提法使、按察使札伤各州县详查报告，咨议官对于修订法律馆的"咨询事件"应考察明确、随时详复或随时陈述意见。

另根据《修订法律馆调查员章程》之相关规定，调查员由修订法律馆负责选任，分为馆内人员和馆外人员两种，对于后者，需要具备"曾在本国或外国法政学堂毕业"或"现充任法政教习"或"熟习刑律"之条件。调查员对于法律馆的"调查之件"，应按照"法律馆询问事由及颁发表式办理"，并按照法律馆规定的期限迅速报告，若遇到"力所不及"的情况，可随时"商请谣议宫协助办理"。由此，清政府在组织架构上为法律调查（包括商事法律调查）准备了条件，即是由修订法律馆负总责，各省提法使、按察使兼任咨仪官，作为第二层次的调查组织（行省设调查局），各州县（设调查法制科）或调查员负责具体的事务调查。商事调查中，很多具体的调查任务其实是由地方商会承

办的，并随时呈送调查报告。如修订法律馆请求苏商总会予以协助调查商事习惯的愿望得到了苏商总会的积极响应，他们“当即遵宪德意将问题转致各业，依限集议，详细条答”。为了规范商事调查活动，苏商总会还特意制定了《研究商习惯问题简章》，其宗旨是“研究关于苏地各业之习惯，分类条答，以备法部修律之采搏，而保商人之权利。”并具体规定了调查办法和调查范围，即“法律馆所颁习惯问题，当按期逐条研究”；“问题以外之习惯，可由本会会员随时调查明确，来会各抒意见”；“不问何项商人曾入商会与否，苟有利害切己应行保护者，其营业之习惯与旧有之规条可作成意见书，投交本会或邮寄本会共同研究”；“凡入会各商号，均可到会研究。其未入会之各商号，须有人会之各商号介绍方能认可”等。参与调查商事习惯的苏商会对待商事调查的态度是非常认真的，他们认为：“此项问题为商人权利义务发生之所在，将来法典制成，均须一律遵守，故此时从事调查，关系甚大，愈难掉以轻心。”于是，苏商总会“邀集各业，按照各项问详加审查，大致虽已就绪”，但因商情复杂“逐条编辑，有词义未妥应须删改者，有条答未详尚须增补”后呈送修订法律馆。在商法大会举行的过程中，各商会为了妥议商法草案，也进行了一定规模的商事习惯调查。在充分调查本国的商事习惯和研究各国的相关商法规范的基础上，上海举办的商法大会议决形成了商法草案，并送呈政府。

这一时期清政府启动的商事调查活动取得了比较丰硕的成果，例如，“翰林院编修朱汝珍调查关系商律事宜，该编修遍历直隶、江苏、安徽、浙江、湖北、广东等省，博访周谘。究其利病，考察所得多至数十万言，馆中于各省商情具知其要”。宣统二年（1910）正月，修订法律馆出于制定民、商各律的需要，提出继续进行调查活动，决定派员分赴各地调查考察民事、商事习惯，只是这一时期的调查重点转为民事习惯的调查。修订法律馆为此特拟订了《调查民事习惯章程十条》，鉴于“民事习惯视商事尤为复杂，且东西南北，类皆自为风气，非如商业之偏于东南，拟派员分途前往调查，以期详悉周知，洪织必举”，并规定“调查员应至省会与该（调查）局所商同调查”，“调查员

于应行调查之件，如有力所不及者，得随时商情谣议宫协助办理……各省提法司、按察司业经本馆（修订法律馆）派为谘议官，调查员应即与商同妥办”，此外，“调查民事必得该省士绅襄助，方得其详，调查员应与面加讨论。至应如何约合各处绅士会晤，临时与调查局或提法司、按察司酌量办理”。此次民事习惯调查的内容包括“各处乡族规、家规，容有意美法良，堪资采用者”，以及“各处婚书、合同、租券、借券、遗嘱等项”。

清末的商事调查为民初大规模调查打下了坚实的基础。

民初商事调查在继续进行。

1917年10月，奉天省高等审判厅长沈家彝向北京政府司法部“呈请创设民商事习惯调查会”，该呈文于1917年11月到达司法部，司法部随后即批准商事习惯调查会之设立请求，“此实民国时代举行民商事习惯调查之发轫”。该呈文对商事调查的必要性、民商事习惯调查会的人员构成、机构运作等相关事项作了较为详细的阐述。北京政府司法部对此呈文所称事项，甚是赞同，随即批复：“该厅所拟设奉省民商事习惯调查会专任调查各地习惯，所见极是，殊堪嘉尚。查民商习惯甚为复杂，不独奉省为然。该厅率先设立民商习惯调查会，拟将调查所得汇集成书，以为编订民商法之材料，并将历年积存之律师登录费移作为调查会常年经费，各节办理亦甚切当，自应照准。将来调查成绩应即陆续报部，以凭采择。”[注]

由于认识到商事习惯调查的重要性和必要性，北京政府司法部于1918年1月29日即令全国其他各省高等审判厅仿照奉天省高等审判厅的做法，设立民商事习惯调查会，并草拟了”通令各省高审厅处仿照奉天高审厅设立民商事习惯调查会，并限自令到日起四十日以内报部由”的训令，令文呈经时任司法总长江庸核定后，即于1918年2月缮发各省，于是“民商事习惯调查事务遂至通行全国”。

根据北京政府司法部的训令，全国大部分的省区都参照奉天省的做法，于高等审判厅内附设民商事习惯调查会，以法院人员、兼理司法县知事、承审员及其他法团入员为会员。至此，民商事习惯调查会在全国大部分地区渐次组建成立。

从组织机构上看，民商事习惯调查会由北京政府司法部负总责，具体事务由修订法律馆承办。依据《修订法律馆条例》的规定，修订法律馆“掌编纂民、刑事各种法典及其附属法规并调查习惯事项”，而主管调查的专门机构则是各省区高等审判厅内附设的民商事习惯调查会，人员以高等审判厅厅长为会长，下属审判厅厅长、推事以及兼理司法县知事、承审员等为主要会员，其他如各级检察厅工作人员可自愿加人民商事习惯调查会。此外，在调查会内还设有常任调查员及编纂员等事务类工作人员。从调查方法上看，设立民商事习惯调查会的省区基本上都制定了民商事习惯调查会的《会章》、《调查规则》、《编纂规则》。据史料所载，当时的京兆、直隶、奉天、吉林、黑龙江、河南、山东、山西、江苏、安徽、江西、浙江、福建、湖北、湖南、陕西、甘肃、四川、贵州、热河、绥远、察哈尔等22省区几乎都制定了调查规范。

除政府主持的商事调查外，商会、同业工会也进行了商事调查活动。这些调查，既有商人团体独立进行的，也有配合政府商事调查或司法活动而进行的。如上海钱业公会关于连保债务责任习惯的调查、上海县商会对保单印章责任、租船损害赔偿等习惯的调查、上海商人团体整理委员会对票据付款责任及宁波庄客营业等习惯的调查。

当时的调查活动报告大都登载于由商会、商人主办的报刊中，如1913年创刊的宁波《商学协会杂志》就登载了有关钱庄之状况、浙江商业最近之调查、台湾草帽在上海销售之调查、浙丝输出之调查、上海外国银行之调查等报告。另如，民初的《钱业月报》还大量登载了关于商事习惯的调查，如关于追偿票据权利习惯、掉换本票后支票发

票人责任习惯、钱庄解付支票责任习惯、汇票出票人及承兑人责任习惯、本票挂失习惯、代收庄票责任习惯、照票责任习惯、兑收汇票习惯、合伙商店停业后清算人选人习惯、钱庄经理脱卸责任习惯、商店伙友解雇习惯等。

2.商事习惯调查的成果

目前，留存的清末商事调查资料较少，多数已经流失，民初所存清末的商事习惯调查文件主要有直隶、江苏、浙江、福建、湖南、四川、广东、广西、贵州、丰天、吉林等十一省总计五十三册。据《中国工商行会史料集》对湖南省在清末商事调查情况的记载，我们知道，湖南省进行的商事调查，整理出《湖南商事调查习惯报告书》。该报告书中有专章论述湖南各地以商界为主体的会馆状况，指出各属会馆有以籍贯分者，有以营业分者为最普遍，会馆大多为“禀官立案”，也有民间私设，有自己的活动经费和组织管理机构等。关于行业规范，报告书整理列举了全省各县的商业条规，并将商业分为十二大类，即特许商、通货商、杂品商、痲丝棉毛皮革物商、文章用品商、制造商、被服装饰商、饮食燃料及药材商、矿属商、农产商、动物商、交通商等，该调查范围囊括了商业、手工业、金融业、交通运输业、服务业等共计271件调查报告。[注]

1926年，北京政府司法部曾打算将所有的民商事习惯调查所得资料进行整理发行，分十三期刊印，其中第一期为调查清册，二至七期分别为调查所得的民事总则习惯、物权习惯、债权习惯、人事习惯、商事习惯；八至十二期为前清时期调查所得的民事总则习惯、物权习惯、债权习惯、亲属习惯、继承习惯、商事习惯，第十三期则为前清民情风俗。但在北京政府司法部参事厅之《司法公报》第232期（临时增刊第37期）发表了第一期《各省区民商事习惯调查报告文件清册》以及在《司法公报》第242期（临时增刊第38期）发表了《民商事习惯调查录（上卷）》后不久，北京政府倒台，随后的编印也就不了了

之。及至1930年间，国民政府司法行政部又将此前的调查报告资料编印发行，定名为《民商事习惯调查报告录》，该书包括了民律总则习惯、物权习惯、债权习惯、亲属继承习惯，但原调查所得的商事习惯未收录于内。(注)

据《司法公报》第232期《各省区民商事习惯调查报告文件清册》记载，各高等审判厅处呈送民商事习惯调查报告者仅有直隶、山东、河南、山西、陕西、甘肃、安徽、江西、江苏、浙江、福建、湖北、湖南、奉天、吉林、黑龙江等16省以及热河、绥远、察哈尔三特别区，共计67册；此外，单独呈送商事习惯调查报告者仅山东省1册；另有附属文件4册，即“关于民商事奉天省各种单行规则章程”、“现行律例关于民事有效部分”及修订法律馆调查员李忻编呈之“票据习惯参考资料报告书”、“北京商界及银行票据习惯调查报告书”各1册。至1926年时，北洋政府司法部所收集、保存之民商事习惯调查所得为72册。

3.商事习惯调查对商事立法的影响

商事习惯调查对于立法的影响，最集中地体现在票据立法上。民国北京政府时期，修订法律馆馆员王凤瀛主持了修订法律馆票据法第一次草案（“共同案”）的立法工作。同时，他也开始着手对各省民商事习惯调查会报告中的票据习惯进行整理，并编辑成“票据习惯目次”一文。对于票据立法，由于“各国票据法，大纲相同，细目则异，譬如群儿，同出一祖，大都形似，然各具面目，未必尽同”，因此，王凤瀛强调应该吸收本土的票据习惯，即“若夫细端末节，则不妨参酌习惯，以便推行无阻”。他的此等主张反映到了他主持制定的票据法草案当中，并影响了随后的几次票据法草案（包括国民政府时期的票据法）的拟订，其所著的“起草票据法之管见”一文是其在利用已有民商事习惯调查所得资料，以及当时民间机构（如银行周报社、中国银行等）调查所得资料的基础上而成的。

总之，民国初年，在商事立法过程中所进行的商事调查是清末商事调查的延续与发展，其宗旨是试图将本国的商事习惯资源融入制定法之中，这种努力体现出对法律移植与本土法律资源结合的深切关注。但是这种努力并未取得预期的效果，国民政府时期，基本放弃了在制定法中吸收商事习惯，使商事立法“大都从模仿而少创造，故经立法机关制定之各种法律草案不是翻译即为抄袭，由立法者依照本国情形而创制之法律，可谓极少”。但是，民国时期的商事调查无论在法律制定中有多少实际效用，这种对商事习惯的重视，都为商事立法提供了有益的启示。对我们现在的立法也未尝不是一个有益的借鉴。

由此可见，在中国的立法史上，商事调查曾经在立法活动中占有着十分重要的地位。中国目前正处于商业发展的中兴期，特别是在南方诸省，商事活动空前活跃，商事行为也丰富多彩，令人眼花缭乱，商业活动中所存在的问题也十分突出，譬如，商业诈骗、商业贿赂、产品质量、产品安全等，在某些地方已经成为了社会不稳定因素中的重要组成部分。同时，官方对商业活动的肆意干涉甚至非法阻挠，也时常给商业活动造成极大地损害，进而严重影响了经济的发展，粗暴地践踏了公民的基本权利。因此，立法者应当通过各种方式对中国目前商业活动的基本情况和民间一些商事习惯，开展一次广泛的调查活动，具体方式可以采取委托大专院校、地方法学会和民间商会、行业协会等组织，针对一些具体的、有普遍性的事项进行调查活动。具体内容可以包括：（1）商事主体的表现形式；（2）商事行为的类型；（3）当地居民对商品的满意程度；（4）当地企业的声誉状况；（5）企业守法状况；（6）当地的商事交易习惯；（7）企业家和商事经营者对法律环境和司法及政府执法状况的评价；（8）商事登记的情况；（9）企业和普通居民对于中国商法适用和立法现状的了解程度和评价；等等。总之，通过这些调查活动使得立法者能够对于中国目前商事活动和商事立法、执法、司法的基本情况有一个大致的了解，以利于立法活动开展，使得立法更加有的放矢。

同时，积极开展商法的研究活动，可以组织大专院校的研究力量，就一些立法中的重大理论性问题，展开研究和讨论。譬如，商法与民法的关系，民法典与商法通则的关系，现行商事单行法与商法通则的关系，商法通则的定位、作用，商法规则与民法规则、制度的关系，商法的基本原则，商法的体系结构，商事登记制度的构建，商事人格权，行业协会的基本理论，等等。只有认真作好以上各项工作，中国的商事立法才能得到实质性地发展。商法通则的制定活动才能按照科学的道路前进。

---

1. 曹全来：《国际化与本土化——中国近代法律体系的形成》，北京大学出版社2005年版，第179页。
2. 李贵连：《沈家本年谱长编》，张国华审订，台北成文出版社1992年版，第115页。
3. 邱澎生：“禁止把持与保护专利：试析清末商事立法中的苏州金箔业讼案”，载《中外法学》2000年第3期。
4. 沈桐生主编：《光绪政要》卷32，文海出版社，第15页。
5. 李贵连：《沈家本年谱长编》，张国华审订，台北成文出版社1992年版，第247页。
6. “司法部指令第一零零零四号文”，载北洋政府司法部参事厅：《司法公报》1927年第242期。
7. 彭泽益：《中国工商行会史料集》，中华书局1995年版，第111—116页、第198-533页。
8. 该《民商事习惯调查报告录》现被定名为《民事习惯调查报告录》（上、下册），由胡旭厦、夏新华等点校，中国政法大学出版社2000年出版。

第四章 商法通则的体系结构

第一节 中国商法的体系结构

欲研究中国商法通则的体系结构，首先应当研究中国商法的体系结构。

一、商法体系结构概说

在大陆法系国家中，绝大多数都已制定了商法典，以商法典为中心的商法规范也形成了内容较为完备的商法体系。进入20世纪之后，尤其在20世纪下半叶，现代商法在体系上打破了传统商法的格局，它已不再局限于商主体法和商行为法两个方面，而是形成了商事身份法、商事组织法、商事管理法、商事行为法、商事秩序法这样一个商法体系。商法已不仅仅涉及商人身份，更规定了商事经营机构的组织程序与结构，如企业法、公司法等以更加完整的形态加入到商法的行列之中。商法不仅确认了商行为的种类、范围、法律效力，而且规定了对行为者和行为本身的管理措施，如证券交易法、期货交易法、产品责任法、消费者保护法、工商经营权利保护法等。此外，建立理想和完整的商事法律秩序也成为商法的一项主要内容。为此，许多国家都制定了与完整形态的市场秩序相关的反不正当竞争法、反垄断法以及其他的商事责任法、商事制裁法、商事仲裁程序法等。

二、两大类模式的商法体系结构

从世界的角度看，各国的商法体系又有民商分立国家与民商合一国家之分别。

（一）民商分立国家的商法体系结构

在民商分立国家，商法典即为关于商主体法和商行为法的系统性规定，由于商法典的不完全性，往往还制定了公司法、票据法、保险法、海商法等单行商法。一般来说，规定于商法典的商主体法和商行为法涉及商行为种类、资格之取得及效力、商号、商事账簿、商事运输、商事仓储、商事代理、商事行纪等基本问题以及在公司法、票据法、保险法、海商法等单行商法中特别规定的有关问题。一般来说，一国商法典的体系结构基本上反映了该国商法的体系结构。如现行的《德国商法典》分为五编：第1编为“商人的身份”，下设商人、商业登记簿、商号、经理权和代办权、商业辅助人和商业学徒、代理商、商事居间人等七章；第2编为“公司和隐名合伙”，下设无限公司、两合公司、隐名合伙等三章；第3编为“商业账簿”，下设对所有商人的规定、对资合公司的补充规定、对登记合作社的补充规定、对保险企业的补充规定、私人提出账目委员会及提出账目咨询委员会等五章；第4编为“商行为”，下设一般规定、商业买卖、行纪营业、货运营业、运输代理营业、仓库营业等六章；第5编为“海商”，其具体内容另行刊载。很明显，德国商法典尽管规定得较为全面，但未涉及任何票据法、破产法、保险法的内容，有限责任公司法、股份有限公司法、合作社法、有价证券法、银行和交易所法、证券保管法、保险法和反不正当竞争法等内容也未包含于商法典中，而是以单行法的形式出现的。

《法国商法典》于1807年颁布时分为商事总则、海商、破产及商事法院等四卷，共计648条，内容较为完备。但《法国商法典》绝大多数条款目前已被废除或修改，继续有效的仅140条。现行《法国商法典》的条款涉及商人、商业会计、商品交易所、居间商、质押和行纪商、商行为证据、汇票和本票、商业时效以及商事法庭。但现存条款对这些方面的规定大多很原则，有的仅有个别条款，已远不能适应实践的需要。因此，在当今法国，大量的商事立法，包括在上述这些商法典已涉及方面的立法，如票据等，以及有关商事公司、商业登记、

海商、破产、银行、有价证券、商事租约、营业资产等方面的法律，均未正式编入商法典。

《日本商法典》采用了总则、公司、商行为及海商等四编的体系结构，规定了公司法、票据法、海商法的内容，又规定了买卖、交互计算、隐名合伙、居间营业、行纪营业、承揽运送业、运送营业、寄托、保险等商行为，但却未涉及破产法。尽管《日本商法典》的内容较为完备，但仍不足以调整纷繁复杂的商事法律关系，立法者还是制定了许多单行商事法规用以修订商法典。其中以法命名者即有30余件。

《韩国商法》受日本商法影响很深，商法典的整体框架基本上与日本商法典保持一致，只是根据其具体情况及纳入美国影响圈的现实，作了适当的调整。

《澳门商法典》的体系与大陆法系其他国家传统商法典体系差异较大，具体分为四卷，即经营商业企业之一般规则、合营企业之经营及企业经营之合作、企业外部活动及债权证券。其具体内容包含了公司法、票据法的详细规定，但却对海商法和破产法未作规定，而大量的条文规定的是各种商业债、寄售合同、供应合同、行纪合同、承揽运输合同、代办商合同、商业特许合同、特许经营合同、居间合同、广告合同、运送合同、一般仓储寄托、旅舍住宿合同、交互计算合同、回购合同、银行合同、担保合同、保险合同等合同法的内容。

由此可见，在民商分立国家或地区，尽管编篡了体系化的商法典，但各国商法典体系却差异较大。并且与民法典不同的是，商法典只是对商法基本问题做了规定，大量商法规范乃规定于单行商法之中。因此，在研究时绝不能仅仅局限于通过对属于近代商法性质的各国商法典的考察来把握各国的现代商法的体系，而是要对其所有商事立法有一个全盘的研究，特别是那些数量繁多的商事单行法。

（二）民商合一国家的商法体系结构

在民商合一国家，由于形式商法的缺失，没有商人与商行为的特别界定，因而没有所谓主体法与商行为法的区分。但是，各国都无一例外地在民法典之外制定了公司法、票据法、保险法、海商法等单行商法或称之为民事特别法。而这些单行商法则仍可从商事组织法与商事行为法角度去把握。

在英美法系国家，商法的体系与大陆法系的商法体系的内涵与外延实际上并不一致。一般来说，英美法系国家的商法体系包括商事买卖、商事合同、商事代理、公司法、合伙法、破产法、担保法、保险法、票据法等。但实际上，在英美法系国家，商法体系实无严格的界定。如英国商法体系主要包括合同法、代理法、合伙法、公司法、商买卖法、竞争法、票据法、担保法、保险法、知识产权法、破产法和仲裁法等。[注]美国《统一商法典》实际上是一部规范买卖契约行为的法典。[注]可见，英美法系国家的商法体系实际上就是市场交易法律体系。

综上所述，我们可以认为，商法从来就没有一个统一的经典的体系和公认的范围。因此，中国完全可以超越于两大法系的现有商法体系，构建出一个科学合理的、具有中国特色的现代商法体系结构。

三、商法的立法体例考察

从世界范围看，在商法典的立法体例中，有主观主义、客观主义和折中主义三种立法例。所谓主观主义立法例的主要特点是：以商人观念为基础来构建商事法律体系。商行为是指经营商人的营业的一切行为，也就是说只有商人实施的行为才能成为商行为，从而适用商法；同一性质的行为非商人为之，则不能成为商行为，从而不能适用

商法。注客观主义立法例的主要特点是：以商行为观念为商事立法的基础而确立其商事法律制度，只要行为人的活动属于商行为的性质，他就是商人，就适用商法。折中主义立法例则以商人观念与商行为观念相结合作为商法立法的基础，商人所为的行为可推定为商行为，从而适用商法；非商人所为的行为，只要属于基本商行为范畴，亦可认定为商行为，从而适用商法。

这三种立法体例各有其特点。实行主观主义立法例的国家，虽以商人为商行为的唯一主体，但是，往往会通过司法解释扩大商人范围。譬如，德国法学界及司法实践中依《德国商法典》第5条关于拟制商人的规定，通过扩大解释创设了表见商人概念，从而使得本不能认定为商行为的非商人实施的行为也可归入商行为范畴。客观主义立法例以商行为为立法中心，而商行为的限定又极为宽松，从而使得只要从事营利性活动并以之作为经常性职业者均可适用商法。法国即采此立法体例，《法国商法典》第109条规定："对于商人，商行为得以一切方式予以证明，但法律另有规定的除外。"折中主义立法例则兼以商人与商行为为中心加以规制，既解决了主观主义立法例下某一行为应界定为商行为但其主体却不属于商人从而难以适用商法的尴尬，又使客观主义立法例下商行为难以界定的困惑获得解决。很明显，客观主义立法例具有确定上的弊端，主观主义立法例与折中主义立法例则克服了这一弊端；同时，折中主义立法例既吸收了主观主义立法例的优点，又克服了其局限于商人而使商法的适用受到不合理限制的缺陷。因此，中国的商法的理论构建不应采客观主义立法例与主观主义立法例，而可以采折中主义立法例。但在我们所构建的商法体系中，基于企业在市场交易主体中处于绝对优势地位，我们可以将商主体限定于企业的范围之内，即自然人并不能以其个人名义从事居间、行纪等属于商行为性质的业务，而必须通过组建相关组织而以该组织的名义从事该业务。这些组织尽管可能以各种名义出现，但从其营业性质而言，当可归入企业范畴。当然，这种"企业"的含义要大大地宽于狭义的企业范畴。根据中国的现实需要，一些带有特殊地位的拟制商主

体，同时可以成为商主体的范畴，而加入到商主体的行列。例如，个体工商户、农村承包经营户等，均可依法获得商主体的资格。由此可见，中国商法立法例是一种不同于传统商法立法例的新型的带有中国特色的立法例。

四、中国商法体系研究现状

总的来说，中国的商法起步较晚，属于一个新兴的法律部门，国家的商事立法也不尽完善。因此，对于商法体系的研究也很不成熟。仅从现有的资料看，中国商法学者对于中国商法体系的研究，概括起来主要有两种观点：一是认为中国商法体系主要应当包括：商主体、商行为、商事营业、商号、公司法、证券法、保险法、破产法、海商法。注二是主张商法的体系由商主体法、商行为法、商事权利救济法三部分构成。商主体法，包括公司法、独资及合伙企业法、代理商法、破产法。商行为法，包括商事合同法、期货法、融资租赁法、信托法、担保法、票据法、保险法、海商法。商事权利救济法，包括商事法律责任、商事仲裁与商事诉讼。注

另外，若从中国已经出版的各种教科书中关于商法体系的考察看，中国的商法理论已经形成了这样的经典结构，即：在商法的一般规定之后，设公司、票据、海商、保险、破产几个部分。所不同的就是在这个体系结构基础上的添加或减少而已。对于这样的体系的合理性，不少学者提出了质疑。譬如，有学者即提出了以下疑问：”公司、票据、破产、保险、海商是不是就是商法的固有范围？保险法为商法，为何银行法不为商法？海商法既为商法，航空、铁路等运输法为何不为商法？票据既为商法所调整，信用证为何不为商法所调整？”注

已经有学者指出，从立法角度看，中国的商法体系已经初露端倪。市场主体立法方面，已经制定了《公司法》、《合伙企业法》、《个人独资企业法》等单行法律；为满足市场主体主要类型的公司通过市场筹集资金并满足市场主体投资需求，已经制定了《证券法》；市场主体要从事市场交易则制定了《合同法》；合同履行时必须结算则制定了《票据法》；票据支付不能，目前有了《破产法》；破产加剧交易风险，目前有了《保险法》；国际间的商品交易往往通过海上进行，目前有了《海商法》。而这些商事法律之间具有明显的内在逻辑联系。注

另有学者已经就商法典的体系作了相对较为具体的理论设计，即“在海商、保险、公司、破产、票据诸法‘另立门户’之际，应该以买卖法为中心来建立我国商法体系，制定《中华人民共和国商法》。它应该是规定关于商人各种制度的商组织法和关于商行为各种制度的商行为法的组合。其体例可设：总则（含调整对象、基本原则）；商人（含商个人与商组织、商业登记、商业账簿、商号、商业使用人、商事代理）；商行为（含买卖、期货买卖、租赁买卖、分期付款买卖、拍卖、交互计算、合伙、居间、行纪、承揽、租赁、寄托、仓储、运输等）；责任（即罚则，含商事责任、行政责任、刑事责任）”。注

更有商法学者对我国商法典编纂时的体系安排提供了一个大体框架：“这个体系由五个部分组成，第一部分总则；第二部分市场主体法；第三部分市场行为法；第四部分救济；第五部分附测。总则一般应包括宗旨、原则、解释、适用等；市场主体法应包括市场主体的一般规定、公司、独资及合伙、代理商、破产等；市场行为法应包括市场行为的一般规定、商事合同、买卖期货、融资租赁、信托、担保、票据、保险、海商；救济包括一般规定、商事违约与商事侵权救济、体现自裁的形式与途径；附则包括生效时间、效力等内容。”注

中国商法学者范健等也提出了自己的研究结果，他们认为，中国商法典体系可做以下理论设计：第一编为总则，主要包括商主体、企业主、商行为的法律界定，商法对于民法的适用问题，商事能力以及企业主的权利与义务的具体规定；第二编为商事人格权，主要包括商事人格权内涵与外延的法律界定，商事人格权的法律救济等规范；第三编为商业登记与商业账簿；第四编为商事组织，主要包括公司、合伙企业、个人独资企业、合作社及企业集团等规范；第五编为商行为，主要包括商行为的一般规定，以及不能为合同法所包含或者不同于合同法之规定的各种合同的规定。关于商法典与单行商法之间的协调问题，既然商法典乃商法领域之基本法，理应成为单行商法的一般指导，并构成单行商法规范的一般规定与补充规定。这样，以商法典为中心并使商法典成为统摄性法律文件的全部商法规范就形成了一个具有有机联系的形式严密的体系结构。(注)

以上这些观点，各自有其独到之处，也各有其充分的理由。譬如，笔者认为，银行法、信用证和航空、铁路运输等，也应成为商法调整的对象，因为，这些商主体或商行为皆属于现代商事范畴之内的重要方面甚至不可或缺的重要领域。范健等的理论设计更有其独到的特色，比较全面地涵盖了中国商法的主要内涵，是值得肯定的，只是有些理想化，恐在立法时难以实现。但是，毋庸讳言，这些理论也存在着一些遗漏或者说不足。譬如，李功国、朱沛智的这种制度设计方案与民商分立国家商法典体系基本相似，但是模糊了商法与民法尤其是合同法之间的关系，商主体的类型上也未能考虑现代商法的企业中心地位而仍然停留于传统商法个人本位的立法理念上，还不是一个现代化的商法体系。而徐学鹿教授设计的体系结构尽管体现了以买卖为中心的立法思想，使得商行为规范成为一个具有完备的规范与较强逻辑性的体系结构，但关于商行为法与民法中相关行为法的协调问题则没有提供一种解决方案，势必使《合同法》、《担保法》等民法规范大量重复规定于商法典中，其结果不仅可能使商法典与民法在法律规

范上相互重复，而且会使商法典条文过多，内容过于庞杂，从而使整部法典缺乏简约性和实用性。

总之，中国商法学者在对中国商法体系的研究中已经取得了不小的成就，这是我们进一步深入研究中国商法体系的基础，应当引起中国立法机关的高度重视。

五、中国商法体系的构建

从历史发展的角度看，世界各国尚没有统一的商法模式，也就没有统一的商法体系。中国商法部门的建立和商法体系的构造，应该从中国商事交易活动的实际需要出发，并在借鉴发达国家成功经验和教训基础之上建立起来。

（一）中国现在应当建立的商法精神和基本原则的主要内容

商法精神是构建一个国家商法体系首先应当解决的问题。所谓商法精神，即引领商法的研究、制定、实施的基本思想或思路，也就是国家对商的认识，包括商在国家整体建设中的地位、作用，商人的范畴、社会地位和身份定位，也包括社会对商及商人的态度，等等。这些基本思想和认识，将直接决定商法在国家法律体系中的地位、存在形式和作用，更会直接影响商法具体制度、规则的设立和规范。

中国自古就有轻商、蔑商的思想，这与统治者的统治思想是密切相关的，他们一般认为，商属于末业，是可有可无的，这恐也与本书第一章所讲的关于商人的起源有关，即在中国周代，商（人）既是商朝的遗民的别称，也是商朝遗民被迁至偏远地区后赖以生存的手段，可见，他们在周代的社会地位是何等的卑贱。因而，就造成了以后中国数千年间对商人的敌视或轻蔑。还有一个更重要的原因，那就是孔孟之道的深刻影响。根据孔孟学说，君子应是舍生取义的典范，即所

谓君子趋于义，而小人趋于利，在他们眼里，只要一个人看重利，便是小人，便为不知羞耻，所以，就有所谓义气冲天，义薄云天等豪言壮语，而追逐利润、见利忘义等词语便成为了评价一个人的贬义词。这种思想直到今天还深深地影响着中国。而商（人）的本性就是要追逐利润，他们赖以生存的基础就是在货物的流通或提供服务的过程中所产生的差价或获取的手续、服务费用。而这些差价和所获取的费用，恰恰是商（人）存在的基础，若没有这些差价和费用的赚取，商（人）也就失去了存在（生存）的空间。但是，我们在看到商（人）的本质的同时，也应当更深刻的看到，在历史的长河中，商行为乃人类社会活动中不可或缺的重要的组成部分，离开了商（人）就不会有商品流通，就不会有古希腊、罗马的文明，就不会有所谓的大唐盛世，就不会发生诸如发现新大陆和工业革命等影响人类社会发展进程的重大历史事件，就不会产生所谓的资本主义萌芽，就不会有葡萄牙、西班牙、荷兰、英国、美国等大国的崛起，更没有如今如此丰富多彩的人类社会……，总之，离开了商（人）就不会有社会经济的发展，因此，在今天这个商业飞速发展的时代里，尊商、敬商、护商应当成为社会和统治者的共识。当然，商人追逐利润的本性，也决定了他们在趋利的过程中可能会使用的一些有别于常人的“非常”手段，而这种手段的结果可能是大部分常人所无法接受和理解的，甚至是有损或者有害于社会公共利益的。因而，为了平衡这种关系，商法便应运而生了。作为调整商事关系的法律规范，商法其实是一柄双刃剑，它既可以促进、保护商业的发展，同时也在一定程度上对商行为予以规制和限制，这是很好理解的，任何事物都应有其运行规则和限度，否则，就不会有和谐发展的大千世界。而对于中国这样一个历来就缺乏商意识和商精神的民族，现在更应该做的是如何尽快焕发起广大人民的商意识和商精神，并且从立法上为商的发展提供法律的保障。因此，本书认为，中国现在应该树立的商法精神是：以促进商的发展，保护商的利益，规范商的行为为宗旨，焕发起全社会重商、护商的风气，为中华民族的腾飞，建设和谐社会创造一个良好的经济发展环

境。至于商法的基本原则，仍应是商主体法定原则、促进交易自由的原则、维护交易公平的原则、促进交易便捷原则与维护交易安全原则等五项。中国的商法的制订、实施都应当以上述的精神与原则为宗旨。构建中国商法体系当然也不例外。

（二）关于商法典的制定问题

有学者指出，商法典的使命是对商事领域的基本制度、基本原则作出系统性规定，通过法典编纂技术将相关商法规范予以体系化整理，使商法典成为商事领域的基本法。因此，既然可以制定商事通则等形式商法，就自然可以制定商法典。并且，之所以会产生制定商事通则的想法，当是受我国特有的《民法通则》的影响，而《民法通则》的出台实际上是在当时特定的经济建设背景之下尚不具备制定民法典的必要条件的情况下的无奈之举，其法律适用上的弊端已是尽人皆知。因而在市场经济体制已经趋于完善的情况下，在商法领域当然不应再走《民法通则》的弯路。这样，问题就简化成商法典的体系问题以及以商法典为中心的整个商法体系问题。在商法典体系的内容取舍上，必然考虑到将哪些商法部门独立于商法典而单独立法，因此这两个问题实际上是密切关联的。[注]

对于此观点，笔者不能苟同。的确，笔者既支持商法的相对的独立性，也支持制订一部统一的具有商事总则地位的形式商法，以完善和健全中国的商法体系。但是，从现实的角度考虑，还是认为，在目前的中国仍然是搞一部商法通则比较切合现实和实际。

笔者始终认为，制定一部“商法通则”可能更加符合中国立法机关的意愿，将有利于尽快完善中国的商法体系。

综上所述，笔者仍然坚持：中国未来的商法体系为：“商法通则”+商事单行法的商法体系。

（三）民法与商法之间的关系问题

在形式商法的体系设计上，必然要考虑到对商法与民法之间的关系的认识问题。笔者始终认为，商法是相对独立于民法，而又完全独立于其他部门法的独立的部门法，因此，其完全能够形成自身独立的体系。但是，民法与商法之间有着密切的联系，又是相对独立的关系，民法的一般规则就可以作为一般规定与补充规定适用于商事法律关系。因此，形式商法就不必对以买卖为中心的商事交易中所需要的基本制度作出全面的规定，应当协调其与民法典及相关民事法律之间关系，使民法成为商法的一般性与补充性规定。但是，商法毕竟不同于继承法、婚姻法等原本属于民法范畴并可包含于民法典之中的民事特别法，因为，商法本身就构成一个独立的法律部门，具有明显的独立性与异质性。因此，形式商法还是应当形成逻辑较为严密的体系结构。这既是法律形式的需要，更是法的适用的需要，一部逻辑混乱、内容凌乱的法律，尽管其具有立意新、内容全等特点，但无论如何也不可能成为一部好的实用的法律。

（四）制定商法通则的理论价值与现实意义

1.有利于中国理论界结束长达半个多世纪的无休止的争议。中国在清朝末年和中华民国初期实行的是民商分立的立法格局。但国民党政府奠都南京后，当时的立法院为求商事法律易于修改，以适应新兴工商业的发展，在民商法典的制定方面，主张采取民商合一模式。1929年《中华民国民法》第一编总则公布后，由立法院院长胡汉民等人向国民党中央政治会议第183次会议提交了一份关于制定民商统一法典的提案，政治会议审查通过了该提案，并从八个方面进一步阐述了采用民商统一法典的理由。这对中国法学界的影响非常深远，在中国改革开放的历史条件下，大陆学者又陷入了“民商合一”和“民商分立”旷日持久的争论，其实，现在主张“民商合一”观点的许多学者，其论点、论据并没有超过该提案的八点理由。中国如果制定了“商法通

则”，就会结束理论界长达半个多世纪的无休止的争论，使理论界集中精力研究中国民法、商法和经济法的现代化和协调发展问题。

2.有利于丰富和繁荣中国商法学的研究成果。“民商法一体化”的观念，制约了中国商法学理论的形成和发展，使人们忽略了对商法基本范畴、基本理念、基本价值、基本原则和基本制度以及商法其他基本理论问题的研究，扼制了商法学者的主观能动性，导致了商法学研究的停滞不前。中国如果制定了“商法通则”，就会大大激发商法学者的研究热情，进一步丰富和繁荣我国商法学的研究成果。

3.有利于树立和增强人们的商法意识与商法观念。中国如果制定了“商法通则”，就等于采用了“私法二元结构”的立法格局，商法独立部门法的地位就会得到正式确定，与此相适应，商法有别于民法的调整对象、内在本质特征和外部清晰边界等基本理念以及商法独特的调整机制、法律属性、价值取向、基本原则、构成体系就会呈现在世人面前，人们自然会树立起独立的商法意识和商法观念。

4.有利于统一协调中国现行的单行商事法律。面对“民商合一论”和“民商分立论”的激烈争论，中国立法机关采取了非常实务的立法态度，即随着社会主义市场经济改革取向的确立，相继颁发了《海商法》、《公司法》、《票据法》、《保险法》、《合伙企业法》、《证券法》和《个人独资企业法》等一系列单行的商事法律。由此可见，中国现行商事立法采用的就是单行商事法律的模式。但由于对商法缺乏科学的认识和合理的界定，中国颁行的各种单行商事立法具有一定的应急性和盲目性，在系统性、科学性、前瞻性和国际性方面还存在一定的不足，而且它们之间还缺乏相应的协调性和统一性。“商法通则”的制定，可以适应中国商事立法模式和制度的创新，不仅有利于实现对商事关系的基本调整，统率中国现行的商事立法，改变中国商事立法群龙无首的现状，而且有利于进一步协调统一中国的商事立法，使其沿着正确的方向健康地向前发展。

5.有利于促进中国市场经济的大力发展。在欧洲中世纪，商人进行了一场“商业革命”，在这场“商业革命”中，商品经济飞速发展，商人阶层逐渐形成，为了保护自身的特殊利益，不被封建主和教会所压迫，在政治上取得自治地位的商人便为自己制定了商人法，并使之成为一种独立于封建庄园法和教会法的商人法。正如西方学者所言：“商业革命有助于造就商法，商法也有助于造就商业革命”。在中国大力发展市场经济的条件下，制定“商法通则”有利于重塑商人观念、提升商人素质、弘扬商人精神，进一步促进中国工商业的繁荣和市场经济的飞速发展。

---

1. 参见董安生等编译：《英国商法》，法律出版社1991年版，目录部分。
2. 《统一商法典》中大部分是关于契约法的内容，特别是其中的第2章，完全是关于买卖契约的规定，是该法典篇幅最长、内容最重要的一章。
3. 参见范健：《商法探源》，载《南京大学学报（哲学·人文·社会科学版）》1991年第4期。
4. 具体内容可参见苏惠祥主编：《中国商法概论》，吉林人民出版社1993年版；王书江主编：《中国商法》，中国经济出版社1994年版；李玉泉等主编：《中国商事法》，武汉大学出版社1996年版；覃有土主编：《商法学》，中国政法大学出版社1999年版；王保树主编：《中国商事法》（新编本），人民法院出版社2001年版；赵万一主编：《商法学》，法律出版社2001年版；等著作之内容。
5. 具体内容可参见徐学鹿主编：《商法学》，中国财政经济出版社1998年版。
6. 参见赵旭东：《商法的困惑与思考》，载《政法论坛（中国政法大学学报）》2002年第1期。
7. 参见顾功耘主编：《商法教程》，上海人民出版社2001年版，第32页。
8. 参见李功国、朱沛智：《商事立法及其责任制度》，载《科技·经济·社会》1994年第4期。
9. 徐学鹿：《商法总论》，人民法院出版社1999年版，第185—186页。
10. 范健、王建文：《商法基础理论专题研究》，高等教育出版社2005年7月第1版，第138页。
11. 范健、王建文：《商法基础理论专题研究》，高等教育出版社2005年7月第1版，第135页。

第二节 中国商法通则的体系结构

一、中国商法通则的主要内容

中国的商法通则应以规定关于商主体各种制度的商事组织法和关于商行为各种制度的商事行为法为其主要内容。但是，商法通则又不可能对这些内容作出全面规定。这不仅是由于这些规范的数量极其庞大，将其全部涵括于一部法律之中已经不可能，而且由于商法所具有的发展性与变动性，将大量需要经常性的适时修订的商法之特别部门法规范均规定于需要具备一定的安定性的法律之中，事实上既没有必要，也不现实。从德国、法国、日本等国的商法发展实践中均可看出，形式商法制定时并未将在当时即很重要的所有商法规范全部规定于商法之中，并且，许多原本存在于商法典中的具有商事部门法性质的商法规范也相继独立于商法而制定了单行法律。在许多国家，商法都已逐渐发展成为仅对商法基本制度或原则作出规定从而使其成为商法规范一般指导的商法部门的基本法。可以说，这已成为世界商事立法的一种发展趋势。

具体来说，在商事组织法中，如果针对各种类型的企业分别制定相应法律，将显得过于凌乱，诸如企业集团法等企业法还将无以包含于任何一种企业法中，各企业法相互之间的协调问题也势必难以解决；如果以企业法为标题将所有企业法律规范均涵括于一个法律文件之中，就法律体系的内在和谐性而言，倒远不如将其纳入形式商法之中。因此，中国的商法通则应将商事组织法作为其主要内容之一。对于内容极其庞杂的商事行为法而言，由于各种类型的商行为之间没有企业法那样密切的内在联系，完全可以各自独立。并且商行为并不实行严格法定原则，随着市场经济的发展必然会产生大量商行为的新的

类型，将所有商行为都纳入商法典范畴势必会因其明显的发展性而产生较大的矛盾。因此，只将尚无必要独立立法的商行为类型及区别于民事行为的商行为一般规范规定于商法之中即可。因此，具有显著独立性与专业性的海商法就应独立立法。证券法、票据法、保险法、商业银行法等商法部门也完全可以独立立法。

二、中国商法通则的体系结构

综上所述，本书认为，中国商法通则的结构大体如下：

第一章 总则，规定商法的适用范围和适用规则；

第二章 商主体，规定商主体的基本形式和种类；

第三章 商行为，包括商事行为与商事代理的构成、一般商事行为和特殊商事行为等；

第四章 商业登记，包括商事登记机关、登记范围和登记程序等；

第五章 商业账簿，包括商事账簿的种类、内容和置备等；

第六章 商事责任，包括商事责任的种类和承担方式等；

第七章 附则，包括商事部门法的范围及其制定、生效时间等。

在法律的适用上，我们应当坚持商法优先适用，民法一般适用和补充适用的原则。其一般规则是：在商事关系的调整中，优先适用商法通则和商事单行法；商法通则和商事单行法未规定的事项，适用企业章程或合伙协议；企业章程或合伙协议未作规定的，适用民法。

在商法通则与单行商法之间的协调问题上，其解决的前提是必须明确商法通则的体系及其具体内容。既然已经明确商法通则乃商法领

域之基本法，其理应成为单行商法的一般指导，并构成单行商法规范的一般规定与补充规定。这样，以商法通则为中心并使商法通则成为统摄性法律文件的全部商法规范就形成了一个具有有机联系的、形式严密的体系结构。

综上所述，中国市场经济的改革取向和飞速发展，为中国商事立法的出台和商法学的发展提供了良好的机遇。我们坚信，随着中国全面科学发展观的进一步实施，经过商法理论界和立法机关的共同努力，一个人类社会未曾有过的、标志着中国商法独立地位已经确立的“中华人民共和国商法通则”必将呈现在世人面前。其法律位阶应当与1985年的《民法通则》一样，即由全国人民代表大会表决通过。

第五章 “商法通则”的调整范围

笔者认为，要研究中国商法通则的调整范围，首先应当研究中国商法的调整范围。只有这样，才能更加准确地理解中国商法通则的调整范围。因此，本章中首先研究了中国商法的调整范围，而后，在此基础上再衍生出中国商法通则的调整范围。

第一节 中国商法的调整范围

一、中国商法学界对商法调整范围的不同认识

对于商法的调整范围问题，中国学者也是仁者见仁，智者见智。以下笔者总结了几个具有代表性的观点，以供读者参考。

第一种观点认为，商事包括商事财产关系和与商事财产关系密切联系的商事人身关系。[注]这种观点明显受到我国民法学界关于民法调整对象之民事法律关系的界定方法的影响。

第二种观点认为，商事关系包括：商事组织关系、商事交易关系、商事代理关系、商事自律关系和商事监管关系等五种类型。[注]应当说，将商事关系细分为这五种具体法律关系，确实将商事关系的具体内容包揽无遗。

第三种观点认为，商事关系是因从事营业行为所引起的社会经济关系以及与此相联系的社会关系的总和。[注]这种界定考虑到了商事关系的特殊性，强调了营业行为作为商事关系变动的基础原因。

第四种观点认为，商法调整的范围就是商事关系，而商事关系则是商人之间因商行为而形成的法律关系[注]；或者说商事关系是指商人从事商事交易活动所产生的社会关系。[注]

第五种观点认为，现代商事关系包括现代商事组织关系和现代商事行为关系。[注]这种观点区分了传统商法、近代商法与现代商法，将其立论限定于现代商法这一基本前提，使其结论具备科学的基础。将

商事关系分为商事组织关系与商事行为关系，也符合商事关系的一般认识。

第六种观点认为，商法的调整范围有以下三种关系：①调整商事主体内部在商品交易过程中对自身的管理关系和组织关系；②调整主体基于营利行为所产生的各种关系；③商业管理关系。[注]如果能将“调整主体基于营利行为所产生的各种关系”之“主体”理解为商主体，则这种观点就可以简化为商法调整对象包括调整商主体内部关系与外部关系以及商业管理关系。依此，商事关系主体就限定为至少有一方是商主体，一般民事主体实施的营利行为则不属于商行为。

第七种观点认为，商法调整范围即商事法律关系，指的是因商主体及其他民事主体在实施商行为过程中所形成的权利义务关系，或者更简单地说，乃指因商行为的实施而发生的权利义务关系。其内涵包括商事法律关系的主体、客体、内容、法律事实等具体内容。[注]

二、商法的调整范围是商事财产关系

以上各种观点均从不同的侧面反映了中国学者对商法调整范围的认识。但是我认为这些观点都没有说到商法本质的内在的东西，有的似乎把简单问题复杂化了。笔者十分赞同施天涛教授关于商法的调整范围的观点。他认为，商法的一个最本质的东西，就是其所调整的是存在于社会经济生活中的商事关系，而这种商事关系说到底还是一种财产关系。既然其本质属于财产关系，那么其调整的对象自然首先是一种财产关系，而这种财产关系主要还是一种私人的财产关系，因为传统上将法律划分为公法和私法，而商法又属于私法的范畴。若从财产的状态上划分，与民事关系相比较，它又体现了一种动态的财产关系，而民法所调整的往往是静态的财产关系，而动态的财产关系往往又是社会关系中最活跃的因素，在一定时期内甚至成为了衡量一个商

事主体社会地位的重要标准。但是在调整财产关系的同时，商法也调整一定的社会关系，这种社会关系又是与社会财富紧密相连的，而且此时所说的社会关系中应该包含了一定的财产关系。他进一步地分析认为，商法调整的是一种财产关系，是一种私人的财产关系，是一种经营性的财产关系和独立的社会关系。[注]一句话，商法调整的是一种动态的财产关系。这也是其与民法的一个根本性的区别。而这种动态的直接的表现就是所谓的经营性行为。而这种经营性的行为的核心特征就在于它的营利性，其目的都在于获取利润。

可见，商法调整的范围主要是商事财产关系，而不包括人身关系。这是因为，商事人身关系可以由民法来调整。如商事主体的行为能力和权利能力等基本理论问题，由民法总（通）则来调整即可。商事主体的人格权问题，也可以由知识产权等法律来调整，不必由商法予以特别调整。因而，商法调整的范围可以具体概括为：一切与商事财产活动有关的行为，包括商事公司、商事个体、商事合伙等商事主体所从事的证券交易行为、票据行为、信托行为、海商行为、居间行为、行纪行为、担保行为、拍卖行为、招投标行为、仓储行为、存贷款行为、运输行为、投保行为等等。这些调整对象，也基本上构成了现代商法体系及其所包含的主要内容。

综上，商法调整的范围主要是商事财产关系，而不包括人身关系。商法调整的范围可以具体概括为：一切与商事财产活动有关的行为，包括商事法人、商事个人、商事合伙等商事主体所从事的证券交易行为、票据行为、信托行为、海商行为、居间行为、行纪行为、担保行为、拍卖行为、招投标行为、仓储行为、存贷款行为、运输行为、投保行为等等。这些调整范围，也基本上构成了现代商法体系及其所包含的主要内容。

---

1. 参见王卫国主编：《商法概论》，中国政法大学出版社1999年版，第20页。
2. 参见雷兴虎主编：《商法学教程》，中国政法大学出版社1999年版，第4页。

3. 参见赵中孚主编：《商法总论》，中国人民大学出版社1999年版，第5页。
4. 参见赵旭东：《商法的困惑与思考》，载《政法论坛》2002年第1期。
5. 参见顾功耘：《关于商法基础理论的几个问题》，载徐学鹿主编：《商法研究》（第三辑），人民法院出版社2001年版，第13页。
6. 参见徐学鹿：《商法总论》，人民法院出版社1999年版，第10~14页。
7. 参见黎燕主编：《商法》，中央民族大学出版社1999年版，第13~14页。
8. 参见范健、王建文：《商法论》，高等教育出版社2003年9月第1版，第68页。
9. 施天涛：《商法学》，法律出版社2006年版，第1~7页。

第二节 商法通则的调整范围

上一节已经论述了商法的调整范围，那么，作为商法体系中起着总则和统率作用的商法通则的调整范围，笔者以为，可以分为以下两个层次来阐述。

一、商法通则总的调整范围

为什么要专门分析商法通则总的调整范围呢？这主要是考虑到在立法时对整部法律的基本原则和基本内容的总体把握的需要。众所周知，制定一部法律的总的指导原则和立法的出发点，是与该部法律所调整的基本范畴密切相关的。一部法律调整范畴的明确与否，将直接影响到立法的目的和内容，甚至立法的水平。我们有些法律之所以制定的不成功，或者漏洞百出，与立法之初，没有明确该部法律的调整范围有着十分重要的关系。因此，在立法前明确将要制定的法律的总的调整范围，是十分必要的。笔者以为，中国商法通则总的调整范围应当立足于商法的调整范围，充分体现作为中国商法基本总则所应当承担的基本的任务—统率商法体系，规范商事主体的基本的商事行为，为商事单行法的贯彻、适用，提供准确的制度性和规范性的准则。

基于上述对于商法通则总的调整范围基本理论的思考，笔者认为，中国商法通则的总的调整范围可以归纳为：一切与商事财产活动有关的行为及其规则，这些行为可以包括商事法人、商事个人、商事合伙等商事主体所从事的证券交易行为、票据行为、信托行为、海商行为、居间行为、行纪行为、担保行为、拍卖行为、招投标行为、仓储行为、存贷款行为、运输行为、投保行为等等；这些规则就是商事

主体从事商事行为所应当遵循的基本规则，可以包括商事交易行为规则、票据行为规则、信托行为规则、海商行为规则、居间行为规则、行纪行为规则、担保行为规则、拍卖行为规则、招投标行为规则、仓储行为规则、存贷款行为规则、运输行为规则、投保行为规则等等。

当然，这些商事行为规则一般地已经体现在一些商事单行法中。例如，商事交易规则集中在合同法中，票据行为规则集中在票据法中，拍卖行为规则集中在拍卖法中，等等。这些规则虽然已经在商事单行法中得到了充分地体现，但是，这些规则目前缺乏一个整体的、总的归纳和提炼、集中，这些分散于各个商事单行法中的具体规则，无法形成一个带有普遍性地、能够贯穿于整个商法体系中的、带有商事基本规则性质的总体规则，这些规则是统率整个商法体系的灵魂，没有这个灵魂的统摄，各个分散、独立商事规则，就只能是一盘散沙，无法引导社会的整个商事活动健康发展的方向，也无法焕发起全社会的商意识和商法意识，无法推动商事经济活动的顺利开展。目前存在的许多丑陋的社会现象，如商业贿赂、商业诈骗、侵害商人利益、侵害消费者利益等，都与中国长期以来缺乏商事意识和商法意识有着密切的关系。而欲尽快构建起这些市场经济所必须的重要意识，明确商事行为的基本规则和商事主体的基本类型，是十分必要的。这些基本规则和类型恰恰是商法通则调整的重要内容。因此，认真研究中国商法通则的调整范围，是制定商法通则前一项十分重要的工作。

二、商法通则的具体的调整范围

除了上述比较笼统的、总的调整范围之外，笔者认为，中国的商法通则还应当明确其具体的、类型化的调整范围。这些具体的、类型化的调整范围，可以概括为以下几大类：

（一）商事主体的概念及其基本类型；

（二）商事行为的概念及其基本划分；

（三）商事行为中普遍适用的行为规则；

（四）商事人格权的基本内容和适用规则；

（五）商业登记制度的基本原则和制度、规则；

（六）商事账簿的设立、适用、管理的基本原则、规则和制度；

（七）商事责任的基本形式、内容；

（八）其他需要明确规定的内容。

从上述的具体的调整范围看，基本上就是商法通则所应包含的基本内容。因此，可以说，在这里所谓商法通则的调整范围，实际上就是商法通则的基本内容。之所以这样去理解，主要还是从立法的角度，使得立法者和法律适用者对于法律的内容和精神能够有一个明确的认识。

理论研究的目的不是为了研究而研究，应当立足于为立法、司法和适用法律服务，任何高深的理论如果离开了实践的基础，都是站不住脚的。法学者的主要工作应当是把复杂问题简单化，把理论问题现实化，把疑难问题化解掉。这才是法学者工作的价值真谛所在，也是本书所坚持的理念。

第六章 商法通则对商事主体的规范

第一节 商事主体的概念

一、中外对商事主体的概念的界定

不同的法律部门各有其自己所确认的特定主体。如民法上有确认的民事主体，经济法上有自己所概括的经济主体，行政法上有自己所规定的行政主体，而商法上则有“商事主体”（也称商主体）。但如何界定商事主体，历来存在着不同的观点。就中国而言，对于商事主体的界定，归纳起来，不外乎两类：一是广义说。商事主体即商事法律主体的简称，是指依照商法的规定，具有商事权利能力和商事行为能力，能够以自己的名义参加商事法律关系，并在其中享有商事权利、承担商事义务的公民和组织。此说包括了商人、商会、商事主管机关（如商业登记主管机关、金融主管机关、证券主管机关）。注二是狭义说。专指以营利为目的、经核准登记从事商品生产和经营的个人和组织。注持此见解者为主流。如，有学者认为，“商事主体”作为商法学上一个科学的基本概念，应定义为：是指依商法规定、独立享有商事权利和承担商事义务的组织和个人。注等等。

外国法中，一般将商事主体称为商人。商人在商法体系中处于极其重要的地位，并成为区别于民法的重要标志。譬如，《法国商法典》第1条规定：“从事商活动并以其作为经常性职业者，为商人。”注《德国商法典》第1条第1款规定：“在本法典意义上，商人是指商事经营者。”注《日本商法典》第4条规定：“本法所称商人，指以自己名义，以实施商行为为业者。”注《韩国商法》第4条规定：“商人，是指以自己的名义从事商行为的人。”注由此可见，在法国、德

国、日本、韩国等国的商法典中，关于商事主体（商人）概念的规定，差异并不是很大。

二、界定商事主体概念应当厘清的几个主要关系

上述关于商事主体的概念，有的采广义说，扩展了商主体的外延。有的则带有传统商法的影子。若欲从现代商业发展的角度，更加准确地界定商事主体的概念，应当首先厘清的以下几个主要关系。

（一）商事主体与民事主体的关系

商事主体具有不同于一般民事主体的法律特征。其一，从本质上说，商事主体是一种法律拟制的主体，它所享有的权利能力和行为能力具有特殊性。这种特殊性主要表现在能力的形成上，即商事主体的形成一般须经过国家的特别授权程序，如履行工商登记。其二，商事主体是从事以营利为目的的营业活动的主体。商主体能力的存在与其所实施的营业活动密切相连。其三，商事主体是商事法律关系中的当事人，即在商法上享有权利并承担义务。

（二）商事主体与民事主体的权利能力和行为能力的关系

商事主体具有不同于一般民事主体的权利能力和行为能力，从而形成了商事行为能力与一般民事行为能力的区别。这种区别主要表现在：其一，商事能力是商主体依法从事商行为，并由此而承担法律上的权利义务的行为能力，它表明了商事主体在商法上的特殊资格和地位。而一般民事主体不享有法律上的这种特权，这就是未经法律授权，一般民事主体不得从事商事经营活动的法律原因。其二，商事能力是一种附加于民事能力之上的能力，即具备商事能力者一般应以具备民事能力为前提。但具备一般民事能力并不必然具备商事能力。从这个意义上说，商事能力是一种特殊的民事能力。其三，商事能力以

法律授权为前提，商事权利能力和商事行为能力皆以法律授权范围为限，并以授权起止为权利存续期限。而一般民事能力，更多地与自然人的生命延续和意思成熟程度密切相关。由于商事能力的特殊性，不少国家法律规定了对商事能力取得的限制。如对行为人取得商事能力的限制，这种限制表现在对未成年人、外国人等获得商事能力的限制；又如对因从事特定标的物的经营而对商事能力的限制等等。注

（三）传统商法中的商人与商事主体间关系

我国目前尚无基于法律规定的商主体定义。在法学界，关于商事主体的概念，也是莫衷一是：有谓商人者，有谓市场经营主体者，有谓市场主体者。商人概念是存在于近代商法中的概念，现代商法中则不宜使用。并且，在我国传统文化中，商人的含义往往限定在从事买卖活动的商贩，而且将其限定在自然人，因而与商事主体意义上的商人的含义有着一定的差距。在立法中使用商人这一概念极易引起普通群众的误解，而且也会缩小商事主体的范围。商事主体固然属于市场经营主体，但市场经营主体则不限于商事主体，那些非营利组织也可谓市场经营主体。因此，以市场经营主体指称商时主体，也不够确切。至于所谓市场主体，则属于更加模糊的概念。其外延基本上与市场经营主体相同，但从广义上还完全可以认为包括作为市场监管者的国家机关。因此，也不宜采用该概念。现代商事主体概念既应反映其商法特性，也应反映商事主体之为商事法律关系发动者的内在含义，应当成为现代商法的法定概念。也就是说，传统上的商人概念已经不能包含现代商事主体的内涵及外延，而要以市场经营主体或市场主体作为商事主体的界定的范围，恐也与中国现实情况不符。因此，传统上的商人自然应当包含在现代商事主体的范围之内，而现代社会经济活动中所产生的新的商事主体形式，也应成为商事主体的表现形式。但是，对于这些新的商事主体形式的确定则必须采法定原则，即体现商法的基本原则之一——商主体法定原则。

三、中国商法中商事主体的概念及法律特征

综上所述，在现代商法中，商事主体指的是，能够依商法规定以自己的名义直接从事商行为，享受权利和承担义务的个人和组织。这里的个人，也称为商个人，具体包括个体工商户、农村承包经营户、独资企业主和其他依法独立经营，享受权利和承担义务的个人。组织，也称为商组织体，可以分为商法人和商合伙两类，具体包括公司、各类依法成立的企业和依法独立经营，享受权利和承担义务的组织。这里之所以要加上"依法独立经营，享受权利和承担义务的组织"，主要是考虑到随着经济的发展今后可能出现的各种类型的商组织形式。商事主体的这一定义不仅明确了商事主体与商事法律关系主体之间的区别，而且还明确了商事主体与商事行为的实施者之间的区别。这样，就澄清了多年来中国学者将商事主体视为商事法律关系主体的简称的错误认识，肯定了在同一法律关系中对于不同类型的法律主体来说其行为性质也具有相应区别。此外，将商事主体界定为个人和组织，既明确了在商事主体内涵与外延上含混不清的认识，而且还体现了中国目前的实际情况，也为今后商事主体形式的发展提供了法律空间。

商事主体的法律特征具体表现在:

（一）商事主体须是商法上确认和规定的主体。

商事主体参加商事活动，并在其中享受权利、承担义务的资格是由商法所赋予的，商法是组织和个人享有商事主体资格的直接依据。商法若无规定，便不能成为商事主体，他们可能成为民法上的民事主体，行政法上的行政主体等其他主体。总之，商事主体的特殊性决定了并非任何人所能为之，必须达到商法规定的主体条件，才可进入市场。否则商事主体与其他主体杂芜不分，鱼目混珠，必致市场元序、经济混乱。

（二）商事主体须有商事权利能力和商事行为能力。

商事权利能力是指商法所赋予的、商事主体能够参加商事法律关系，并在其中享受商事权利和承担商事义务的资格和能力。而商事行为能力则是指商事主体在法律规定的范围内，通过自己的意志独立进行商事活动，并取得商事权利和承担商事义务的一种资格或能力。在商法中，商事主体的权利能力与行为能力须依商法明确规定才具有。倘若某个组织或个人只具有民法上一般的民事权利能力和民事行为能力，而未具有事权利能力和行为能力，则仍不能成为商事主体。但商法有特殊规定者，则适用其规定。

（三）商事主体是商事活动的参加者。

换言之，商事主体是商事法律关系的缔结人，权利义务的承担者。商事活动是以营利为目的的、独立的、持续的、不间断的职业性经济活动，具有营利性、持续性、公开性、正当性等特征，商事主体便是商事经营中的发动者，法律后果的归属者，在商事活动过程中设立、变更，消灭商事法律关系。其具体体现为：

首先，商事主体必须取得商人资格。商事主体是依法取得从事商事经营活动资格的人。依照中国法律规定，商事主体欲从事商行为必须在满足法律规定的条件下依照法定程序进行登记注册，取得从事某项经营活动的营业执照。不能取得商人资格的人不能成为商事主体。

其次，商事主体实施商行为具有营利性。商事主体实施商行为的目的在于获取利润，非以营利为目的的主体不能成为商事主体，如党政机关、军队以及其他社会团体不能成为商事主体。

再次，商事主体以实施商行为作为其经常性职业。那些偶尔实施商行为的人不能成为商事主体。一般来讲，只有公司企业、合伙企业、个人独资企业等具有固定生产经营场所，并以长期从事某种商业活动为职业的个人或组织，才能成为商事主体。

（四）商事主体是以自己的名义自身进行经营者。

商事交易须是商事主体以自己名义自身进行经营，直接对商事主体发生经济上和法律上的后果。在特别的情况下，可通过代理人处理商务，但代理人必须在法定或约定的范围内从事商事活动，且最终结果由被代理人承担。由此可将商事主体与商业辅助人区分开来。

---

1. 雷兴虎：《商法学教程》，中国政法大学出版社1999年版，第27-39页。
2. 李玉泉、何绍军：《中国商事法》，武汉大学出版社1998年修订版，第29页。
3. 官欣荣主编：《商法原理》，中国检察出版社2004年9月第1版，第66页。
4. 《法国商法典》，金邦贵译，中国法制出版社2000年版，第1页。
5. 《德国商法典》，范健等译，载《中德经济法研究所年刊》（第6卷），南京大学出版社1995年版，第229页。
6. 《日本商法典》，王书江、殷建平译，中国法制出版社2000年版，第3页。
7. 《韩国商法》，吴日焕译，中国政法大学出版社1999年版，第3页。
8. 参见范健、王建文：《商法基础理论专题研究》，高等教育出版社2005年7月第1版，第140页。

第二节 中国商事主体类型的理论构建

一、传统商法之商事主体分类

民商分立国家都有关于商事主体的规定，但其范围并不一致。《法国商法典》关于商主体规定有公司、商品交易所、证券经纪人、居间商和行纪商等形式。《德国商法典》规定有必然商人、应登记的商人、自由登记商人（含农业和林业企业）、形式商人和其他商人等形式。《日本商法典》规定有固有商人、形式商人、拟制商人、小商人和其他商人等形式。《韩国商法典》规定有法定商人、拟制商人和小商人等形式。除此之外，各国商法中，还存在着公司、隐名合伙、民事合伙、代理商、居间商和行纪商等按照组织与经营方式划分的具体商主体中的几种形态。

显然，各国划分商主体的标准并不统一，这些不同类型的商主体，并非依照同一标准所作的一次性划分。但若以组织形式划分，大体上可以将商主体范围界定为公司（有限责任公司与股份有限公司）、商合伙（含无限公司与两合公司）、商个人等形式。

二、中国现行商法之商事主体类型

中国商法学界一般将我国商法中存在的商主体分为商事法人、商事合伙与商事个人三种基本类型。

（一）商事法人

在中国，根据现行经济组织形态，商事法人可以作如下分类：

1、国有商事法人。它是指根据我国民法、企业法、公司法的规定，由国家投资设立的、从事生产经营活动的，具有独立的权利能力和行为能力，并获得法人资格的企业或公司。国有商事法人是我国现行经济生活的主体，在国民经济中发挥着主导作用。根据中国国有企业的相关规定，它可以是国有企业；根据公司法的规定，它可以是国有独资公司。

2、集体商事法人。它是指根据中国民法、集体企业法和其他相关法律、法规的规定，由公民或集体单位组合而成的、从事生产和经营活动的、具有独立权利能力和行为能力、能够独立承担法律责任并获得法人资格的集体商事组织。根据《中国集体企业法》、《公司法》、《农民专业合作社法》和部分地区颁布的股份合作企业暂行条例的规定，集体商法人在组织形式上，可以是工厂、合作社、合作商店、有限责任公司、股份合作企业等。它在中国现行经济生活中占有相当比重。

3、合营或合资商事法人。它是指由两个以上的投资主体共同出资，经工商登记注册而成立的商事组织。根据中国《民法通则》的规定，如果是两个以上法人组织联营并获得法人资格的属法人型联营企业；根据中国《公司法》的规定，如果是不同投资主体共同投资组建的，可以是有限责任公司或股份有限公司。合营或合资商法人具有独立的法律人格，并以自己的名义独立从事商行为。合营或合资各方以其出资额为限对商法人的债务承担责任。所建立的商事法人以其全部财产对外承担法律责任。

4、私营商事法人。它是指由私人投资经营而取得法人资格，投资者以其出资额为限，商法人以全部资产对外承担责任的商事组织。根据中国私营企业法和公司法的规定，它可以是私营企业，也可以是公司。根据新公司法的规定，私营商事法人的主要形式是有限责任公司和股份有限公司。此外，公司个人可以依法成立一人有限责任公司。

其性质是只有一个自然人股东或者一个法人股东的有限责任公司。公司法对于其注册资本设定了最低限额（十万元人民币），并且规定应当一次足额缴纳公司章程规定的出资额。而且，一个自然人只能设立一个一人有限责任公司，并在公司登记和公司营业执照中载明自然人独资或者法人独资。这在中国是一个新的商事主体类型。

5、外商投资商事法人。它是指由外商投资经营并取得法人资格的，投资者以出资为限，商法人以其全部财产对外承担责任的商事组织。根据中国外商投资企业法的规定，它可以是中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业。

在中国，商事法人的法律渊源主要有《民法通则》、《公司法》、《全民所有制工业企业法》、《企业法人登记管理条例》、《集体所有制企业条例》、《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》、《外资企业法》、《商业银行法》、《农民专业合作社法》等等。

（二）商事合伙

在中国，商事合伙的法律渊源主要有：《民法通则》、《合伙企业法》、《中外合作经营企业法》等。正是由于法律渊源的不同，进而形成了不同类型的商事合伙。这些类型主要有：

1、个人合伙。按照中国《民法通则》和有关工商登记法规的规定，个人合伙是指两个以上的自然人，按照合伙协议，各自提供资金、实物、技术等，合伙经营、共同劳动；投入的财产属个人所有，由合伙人共同使用；合伙经营积累的财产归合伙人共有；发生亏损应由合伙人负连带清偿责任的商事组织。个人合伙的建立必须履行工商登记，并以工商个体户的名义领取营业执照。[注]个人合伙可以取自己的商事名称，也可以不取商事名称。取自己商事名称的个人合伙，在民事诉讼中，以自己依法登记的商事名称作为诉讼当事人，并以合伙

负责人为诉讼代表人。未取自己商事名称的个人合伙，合伙人在民事诉讼中为共同诉讼人，共同诉讼人可以推选诉讼代表人参与诉讼。

2、合伙型联营。根据中国《民法通则》、《企业法人登记管理条例》的规定，合伙型联营是指企业事业单位之间依照联营合同组建的共同出资、共同经营、共分利润、共同承担无限连带责任的商事组织。合伙型联营是一种拟制的商主体，依法登记成立，并取得权利能力和行为能力。合伙型联营的合伙人必须在两个以上，但必须是企业，可以是全民企业、集体企业、私营企业和混合所有制企业；可以是法人企业，也可以是合伙企业、私营独资企业、个体工商户和农村承包经营户。

3、合伙企业。根据我国《合伙企业法》规定，合伙企业是指依照合伙企业法设立的由自然人、法人和其他组织在中国境内设立的普通合伙企业和有限合伙企业。普通合伙企业由普通合伙人组成，合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任。有限合伙企业，由普通合伙人和有限合伙人组成，普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任，有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任。合伙协议依法由全体合伙人协商一致、以书面形式订立。新《合伙企业法》规定，合伙企业的合伙人是自然人，也可以是法人或其他组织。较之旧法这一规定扩大了投资渠道和方式，也有利于规范专业服务机构的活动和行为，有利于专业机构的发展壮大、扩大规模和参与相应的国际服务业竞争。但是，国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位、社会团体不得成为普通合伙人，他们可以成为“承担有限责任”的合伙人。其主要依据是：

①如果独资公司、国有企业成为普通合伙人，就意味着出资人要对合伙企业的债务承担无限责任，而这种情况与《中共中央关于国有企业改革和发展若干重大问题的决定》精神不符。

②如果允许上市公司成为普通合伙人，承担无限连带责任，一旦出现承担无限责任的情况则会给证券市场造成很大的影响，不利于证券市场的健康发展和保护上市公司众多股东的合法权益。

③如果让公益性的事业单位、社会团体成为普通合伙人，承担无限连带责任，就会和这些单位或者团体成立的宗旨相悖，不利于维护公共利益和公共事业的健康发展。

（三）商事个人

商事个人的类型在中国主要表现为三种：

1、个体工商业户。指公民以个人财产或家庭财产作为经营资本、依法核准登记并在法定的范围内从事非农业性经营活动的个人或家庭。个体工商户可以是一个自然人，也可以是一个家庭。不管是一个自然人还是一个家庭，都称为一户。"户"的含义在此是指工商登记上的户，即工商业登记上的一个注册单位。中国《民法通则》第26条等对个体工商户作了专门规定，并且公布有《个体工商户暂行管理条例》加以具体规范。

2、私营独资企业。指企业资产归一个人所有和控制，雇工8人以上的营利性经济组织。私营企业的特点是，由一人投资组成，一人承担风险；由自然人投资组成，法人、非法人的其他企业以及国家不是投资主体；无独立的法律人格，不采取法人的企业形式。中国《私营企业暂行条例》第2条、第7条对私营独资企业作了专门规定。有学者将个体工商业户视为私营独资企业之一种，认为二者不存在质的区别，希望通过法律修订来消除。随着《个人独资企业法》的颁布，私营独资企业已转由该法律调整，从而使个人独资企业取代私营独资企业，成为最主要的商事个人。

3、农村承包经营户。指农村集体经济组织的成员，在法律允许的范围内，按照农村承包合同的规定，使用集体所有的土地和其他生产资料，独立从事商事经营活动的，由一人或多人组成的农户。农村承包经营户只能是农村集体经济组织的成员，只能按照承包合同从事商事经营活动。

另有一种从事小商品买卖活动的人，如街头临时设点的“摊商”和走街串巷的”货郎”以及手艺匠人等，有时无需经过工商登记也在进行买卖活动。他们是否属于商个人，我国立法不太明确，学者们的观点也不尽相同。大陆法系国家有的称其为“小商人”，商法对其有专门规定。

商事个人承担着与其他商事主体不同的财产责任。在中国，根据《民法通则》和关法律法规的规定，个体工商户、农村承包经营户、私营独资企业主均需承担无限财产责任。其中，个体工商业户和农村承包经营户个人经营的，以个人财产承担无限责任；家庭经营的以家庭共有财产承担无限责任。关于家庭经营的界定，《最高人民法院关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见》（试行）（以下简称《民法通则意见》）的司法解释提出：个体工商户和农村承包经营户凡以家庭共有财产投资，共同经营或者经营收入的主要部分归家庭成员共同享用的，均属于家庭经营。

可见，中国现行调整商事个人的立法仍然处于不完善状态。除《民法通则》、《私营企业暂行条例》外，《个人独资企业法》，由国务院和国家工商行政管理局颁布的《城乡个体工商户管理条例》、《城乡集市贸易管理办法》与《民法通则意见》等都是最重要的法律渊源。但是，这些法律法规和司法解释彼此之间还存在着极大的不协调，商事个人的法定组织形态在法律上并非完全统一，小商人如何纳入商法调整的范围，以及不同形式的商事个人在财产责任方式上如何更加协调、明确，这些都有待于立法的不断完善。

---

1. 参见国家工商行政管理局1986年11月17日：《关于执行〈民法通则〉对个人合伙登记管理的通知》。

第三节 中国商事主体类型的完善

一、关于小商贩的法律地位问题

笔者认为，上述的中国现行的商事主体类型的划分，有一定的道理和根据，但是，似乎忽略了作为小商小贩形式存在的那些自由商贩（亦可称为“游商”）的问题。一些学者提出：在习惯上也被称为商人的走街串巷的小商小贩，不能算作现代意义上的商事主体。毕竟商事主体乃企业，而企业则必须经过注册登记方可成立。这些走街串巷的小商小贩实施的行为，确实符合传统商法关于商行为的定义，似乎应将其归入商主体范畴。但是，将商事主体限定于具有独立财产与意思的企业，乃现代商法区别于近代商法的重要标志，因而未经登记的不具有企业身份的这些走街串巷的小商小贩不能成为商主体。其实就法律制度的必要性而言，也不必将其确认为商主体。这可从商法独立立法的必要性与商法的目的上理解。走街串巷的小商小贩尽管以营利为目的且持续地从事其贩卖行为，但相对而言，其经营规模非常有限，他们与偶尔从事营利性商品交易行为的自然人并无本质性区别，不必在法律适用上对其作特别的处理。既然我们应当肯定民法对商品交易关系的一般调整作用，这种一般商品交易关系就显然应当由民法调整，况且民法规范在其调整上不会存在规范供给不足的局面。(注)

对于此论点，笔者不敢苟同。

其一，对于他们提出的所谓商事主体乃企业的思想笔者持有不同看法。不错，企业确实已成为现代商事主体的重要类型之一，其在商事主体中的地位也是十分重要的，但是，不能因此就否认其他商事主体的存在的必要性及其在商法中的地位。根据本书的观点，商事主体

指的是能够依商法规定以自己的名义直接从事商行为，享受权利和承担义务的个人和组织。这里的个人，也称为商事个人，具体包括个体工商户、农村承包经营户、独资企业主和其他依法独立经营，享受权利和承担义务的个人。这里的个人，自然应当包括那些走街串巷的小商小贩，因为他们的行为也符合持否定那些走街串巷的小商小贩属于商事主体的学者们自己所界定的商事行为的特征，即以营利为目的、一般民事主体也可成为商事行为的实施主体、体现商事交易特点。[注]既然这些走街串巷的小商小贩的交易行为符合这些学者自己界定的商事行为所具有的特征，那么为什么还要将他们拒之于商事主体范畴之外，而不加以保护呢?

其二，从中国现实情况看，小商小贩在中国仍然有着巨大的从业人群，从本质上讲，一些依靠在自由市场内从事日用品、调料、蔬菜等交易活动或者依靠摆设地摊从事简单的交易活动、已经拿到个体工商户营业执照的人，也应属于小商小贩的范畴。至于那些走街串巷的小商小贩，他们本身可能尚没有获取所谓营业执照，但是如果他们的行为既没有违反法律，也没有妨碍社会和他人的自由，是完全可以允许他们在一定区域内从事这种简单的商事活动的，现在一些大城市中出现的城管人员肆意追打“游商”、毁坏他们个人财物的行为，不仅是一种严重的违法行为（因为，无论从保障人权的宪法层面，还是从保护个人财产的民法层面来说，这些行为都属于违宪或违法行为），而且已经在严重地损害着中国城市的形象，是值得我们深思的。我们不妨问一问，为什么在一些大中城市中，虽然经过无数次的打击、摧残，可是，这些“游商”仍然呈现出一种“野火烧不尽，春风吹又生”，甚至还经常会发生暴力事件的局面呢？本书认为，无论从重视民生的角度，还是从维护法律的尊严的角度，都应该从法律上对这些问题予以规范，而规范的最好的方法就是疏导，而不是堵塞和严打。如果能够从立法上承认他们的商事主体的身份与地位，从行政管理上为他们提供比较固定或相对固定的营业场所，同时加大管理力度（注意：管理不等于暴力收缴和追打），以加大行政罚款的数额来代替目前的野

蛮执法的行径，可能效果会更好一些。从商法规范看，应该在“商法通则”的商事主体一章中，明确在商事个人中包括其他以个人身份和个体形式从事商事行为的个人，以便为进一步规范这些“游商”的行为奠定法律基础。因为，如果“商法通则”的调整范围中不包括这些“游商”，那么，在以后的一系列法律、法规中，就无法为这些“游商”定位，更谈不上去保护这些“游商”的利益了。这一块的缺失，也会直接地影响到构建中国和谐社会这一宏伟的历史性的工程。况且，在中国广大的农村，这些“游商”还是有着其发展的空间的，他们的存在也为农民带来了实惠与方便。其实，农村的定期和不定期的集市中的小商小贩，在他们从事商品交易、贩卖（运）的过程中，他们也应当属于商法上的商人的范畴，因为，根据现代商法观念，商人已经没有了其特定的身份和户籍，所有人只要实施商事行为，就可以被视为具有商人身份，其从事的商事行为就应当受到商法的调整，否则，商法的调整范围就是不周延和不全面的，根据民商分立的立法模式，当代社会中所有的商事行为或者与商事有关的商事行为皆应属于商法的调整范围，这样才能使得所有的商事行为得到法律的规范，从而为构建繁荣而和谐的商业环境营造一个优良的法治环境。

综上所述，中国的商事主体范围，应当界定为：商事法人、商事合伙和商事个人。其中，商事法人包括：国有商事法人、集体商事法人、合营或合资商事法人、私营商事法人和外商投资商事法人。商事合伙包括：个人合伙、合伙型联营和合伙企业。商事个人包括：个体工商业户、私营独资企业、农村承包经营户及从事小商品买卖活动的自由商贩（即所谓的“游商”等无需经过工商登记也可进行买卖活动的人）。

这样的中国商事主体类型的划分，比较符合中国现在的国情，也容易获得大众的认同。特别是与中国现在的法律体系和法统相吻合。例如，以国有、集体和私营的性质来划分商事主体，不仅与中国的现行宪法相符合，也与中国的民法（如民法通则、物权法）相吻合。因

此，是一个比较切合实际的划分方法。当然，随着中国政治、经济的不断发展，中国商法也不会停滞不前，肯定也会随着社会的发展而不地更新、发展。

至于有学者提出中国的商事主体分类应当以企业为核心，即将中国商法之商事主体界定为法人企业、合伙企业与个人独资即可。法人企业中包含公司、国有企业、集体企业及合作社等企业形态，这些企业形态以后又完全可以并入公司这一企业形态中，最多在公司之外将合作社予以单立，使其与公司并列为法人企业的两种形式。因而，中国商法的商事主体可具体表述为：公司、合伙企业与个人独资企业，或者表述为公司、合作社、合伙企业与个人独资企业。㊟这种分类方式，存在以下几个弊端：

其一，脱离了中国现实的国情。如果将企业作为中国商法主体的核心，看似比较先进，但是，却将中国现有的一些重要的、仍然活跃在中国城乡间的一些诸如个体工商户、农村承包经营户及从事小商品买卖活动的自由商贩等统统排除于中国商法的调整范畴之外，而只能仍以现行的一些行政法规、规章对其进行调整，这样一来，不仅会大大降低其法律地位，更重要的是他们的合法权益，将更不会得到有效的保护。可能有人说，个体工商户、农村承包经营户及从事小商品买卖活动的自由商贩等，只是中国目前暂时存在的现象，早晚他们要被企业等带有当代色彩的商事主体所吞没或者自行消亡，因而，对这些主体没有必要进行长远的保护。这种观点本书不敢苟同。的确，自从《个人独资企业法》和新《公司法》颁布以来，由于个人独资企业和一人公司的被确认，注册个体工商户的数量，在一些比较发达的省份（如浙江、江苏等）确实有一定程度的下降，似乎有势弱的趋势。但是，毋庸讳言，中国现在还处在发展阶段，况且中国公民的投资意识和环境、条件，还远远没有达到人们所想象的那种程度，很多地区的人民还在为衣食奔波，特别是那些下岗或失去工作或大学毕业后暂时无法找到合适工作的人，还大有人在，根据2007年初的不完全统计，

仅北京市在2006年的大学毕业生中，只有3%的人愿意或开始自己创业（即自己注册公司或经济实体），这里面十分重要的因素，就是中国自身创业的成本过高，设立和经营经济实体的门槛与付出的代价、承担的风险过高。设想，一个刚刚走出校园或者下岗的人员或者社会上的失业人员或者刚刚从农村来到城市想创业的农民，你让他在创业的初期就要承担诸如缴纳注册资金、纳税、规范的公司性管理、以实体经济组织的主人身份与工商、税务等政府部门和社会其他种种的管理人员及客户发生复杂的社会和经济关系，是很不现实的，也是不负责任的，那样做不仅会给个人还会给社会带来消极后果。当然你可以说，没有本事你就不要自己冒这个风险嘛！但是，茫茫中国十几亿人口，如果不去鼓励，不用法律手段去保护和激励人民创业，社会财富何以增加，人民的生计何以解决。而商法恰恰是保护和鼓励他们创业的有力武器和保障。如果将他们统统拒之于商法所保护的商事主体范畴之外，甚至将他们视为“另类”加以歧视，那么不仅会激化社会矛盾，而且还会引发其他社会问题，不利于和谐社会的构建，而个体工商户、农村承包经营户、个体小商人等商事组织形式，恰恰是为这些人提供的他们自身能够承受的一种经营方式，这些经营形式无论在设立条件、税收、内部管理、风险承担程度等各个方面所表现出来的简单、快捷、轻松和便利等优越性，都是公司、独资企业等经营所无法比拟的。而在中国目前的商事主体的组成结构中，这部分人在中国总的经商人口中所占的比重要远远高于那些以公司、企业形式在进行商事活动的人口的比重。因此，这些商事组织形式十分适合中国现在的国情。所以，不仅不能以所谓的过时、落后等理由而对此加以否定甚至取消，而且还应当在更高一级的立法（如商法通则）中予以集中体现，而不是分散地规定在一些法律、法规之中，这样不仅不利于法制的统一，更加不利于对这些商事主体及其行为的保护和规制。

其二，过窄地划定了商事主体的范围。如果将商事主体的范围仅仅划定在企业的范畴之内，就会将中国商法的调整范围限定在一个狭小的范围之内，从而使得中国商法的适用范围也大打折扣，会大大降

低中国商法的实用价值。实际上，中国现行的商事单行法的适用范围是很广泛的，其体系基本涵盖了中国现有的所有的商事领域。而做为这些单行法律的总纲—商法通则，进而整个商法体系的商事主体的范围，也是应当与其所涵盖的广阔的商事领域的范围相适应的，否则，中国商法中的许多基本原则、规则和内容就无法在如此广泛的空间内得以适用。如果仅仅因为商法中所调整的商事主体的范围的过于狭窄而影响甚至割裂了商法的立法的目的和法律适用的统一性与普遍性，那其所反映的就不仅仅是一个理论问题了，而是一个社会经济的发展方向和法律的性质问题了，即社会经济发展是否以绝大多数人的发展为目标，法律是否能够为全社会的人的服务和适用。

其三，割裂了商法的完整性和统一性。有学者认为，像个体工商户和农村承包经营户等小商人，由民法或行政法等法律调整就足够了，再无须商法来调整。但孰不知，作为调整商事关系的基本法律—商法，如果竟将一些在现实生活中无比活跃的商事主体和商事行为，屏除于其调整范围之外，即会极大地割裂其完整性。如果仅仅将企业作为其调整的对象，那不如称为企业法或者企业行为法更为合适，何必要挂上个商法的头衔呢？况且，作为一部调整全部商事关系的基本法，如果其适用的主体范围仅仅限于企业，其存在的价值就会大打折扣，其对商事关系的调整的力度也会大打折扣，其基本的法律特征和本质就不会得到全面的体现，这部法律甚至整个商法法律部门在整个国家法律体系中的独立的地位就无法确立，它就不是一部统一性和普适性的法律，其权威性就会受到质疑。这与中国商法体系的建立及其在国家法律体系中独立地位的确立也是十分不利的。

由此，本书认为，立足于中国的实际，中国商事主体的范围还是应当界定为商事法人、商事合伙和商事个人，其中不仅包括公司、国有企业、集体企业及合作社等企业形态，更应当包括诸如个体工商业户、私营独资企业、农村承包经营户及从事小商品买卖活动的自由商贩，只有这样才能适合中国的国情，才能使得中国商法真正成为一部

规范中国商事关系的基本法律。关于中国商法商事主体的具体内容，将在本章以后的几节中加以详细阐述。

二、关于商事辅助人

现代商事活动中，即使在独资企业，单以个人单打独斗地经营似已不可能，因为，当代商业活动程序的复杂性、范围的广阔性和操作的技术性要求，是传统商业无法比拟的。随着经济的不断发展，企业、公司的摊子越铺越大，所需的辅助人越来越多。因此，在当代商法的商事主体结构内便出现了一种有别于传统的那些直接参与到商事经营活动中各个方面的主要经营者的、另一种相对独立的、带有辅助、帮助商事主体经营者开展商事经营活动特殊的人群—商事辅助人。这个阶层的产生，既是社会经济发展的需要，也是商事主体开展商事经营活动的需要，并且，越来越成为经济生活不可或缺的重要的商事主体。因此，极有必要在当代商法中对其基本性质、法律特征、作用、地位、权利、义务等诸多方面给予明确的规范。

这种商事辅助人在中国古代就已存在，只是其称谓与当代有所不同，其性质是基本一致的。这类人在中国古代被称为牙人、耆民、帮办等等。牙人，其基本性质是为买卖双方说合磋商贸易，并从中收取佣金的中介者，相当于现在的居间商（经纪人、掮客）；耆民，是中国明代海运沙船船主雇佣的经理人员，他主持全船的事务，特别是商货运输事务；帮办，相当于今天的经理人，通过与特定企业主的合同关系（委托或雇佣）从属于特定企业主，协助企业主管理企业内部事务的人员。

可见，商事辅助人的性质可以概括为：辅助商事主体从事经营之人。

---

1. 参见范健、王建文：《商法基础理论专题研究》，高等教育出版社2005年7月第1版，第159页。
2. 参见范健、王建文：《商法基础理论专题研究》，高等教育出版社2005年7月第1版，第353—355页。
3. 参见范健、王建文：《商法基础理论专题研究》，高等教育出版社2005年7月第1版，第159页。

第四节 中国“商法通则”规定的商事主体的范围

笔者认为，中国“商法通则”中，关于商事主体的范围可以包括以下商事主体：

一、国有企业

1、国有企业的概念

国有企业（stateowned enterprises/SOEs），全称是全民所有制企业，其基本法律依据是1988年颁布、由第七届全国人民代表大会第一次会议通过的《中华人民共和国全民所有制工业企业法》（简称《企业法》）。该法于1988年4月13日通过，同年8月1日起施行。该法除了适用于全民所有制工业企业以外，还适用于全民所有制交通运输、邮电、地质勘探、建筑安装、商业、外贸、物资、农林、水利等企业。另一个重要的企业法规是由国务院于1992年7月23日发布和施行的《全民所有制工业企业转换经营机制条例》（通常简称《转机条例》）。

其立法的目的是：为保障中国全民所有制经济的巩固和发展，明确全民所有制工业企业的权利和义务，保障其合法权益，增强其活力。

其基本概念是：是指依法设立的自主经营、自负盈亏、独立核算、自我发展、自我约束的商品生产和经营单位，是独立享有民事权利和承担民事义务的企业法人，对于国家授予其经营管理的财产享有占有、使用和依法处分的权利。

其财产属于全民所有，国家依照所有权和经营权分离的原则授予企业经营管理。企业对国家授予其经营管理的财产享有占有、使用和依法处分的权利。

2、国有企业的法律地位

国有企业具有独立的法人资格，是一种非公司型企业法人。作为一种企业法人，它能够独立享有民事权利和承担民事义务。对内而言，它是一种经营自主、自负盈亏、独立核算、自我发展、自我约束的商品生产和经营单位；对外而言，它能够独立承担责任。

二、国有独资公司

中国的国有独资公司是在中国国民经济中占据有重要的地位，国有资产在中国国民经济中的比重很大，利用好这一大笔资产对于提高人民的生活水平、增强综合国力具有重要的意义。对国有资产设立公司及国有企业的改造等问题一直是中国政府十分关注并极力解决的问题。因而早在1993年的《公司法》中对国有独资公司就作了特别规定。1993年《公司法》专门在第二章有限责任公司中第三节规定了国有独资公司制度。该法对国有独资公司的界定是，指国家授权投资的机构或者国家授权的部门单独投资设立的有限责任公司。对于国有独资公司的组织机构、资产转让等问题《公司法》都作了比较详尽的规定。对于原来的国有企业向公司改造以建立现代企业制度，公司法也提供了法律上的依据和规则。《公司法》第7条规定，国有企业改建为公司，必须依照法律、行政法规规定的条件和要求，转换经营机制，有步骤地清产核资，界定产权，清理债权债务，评估资产，建立规范的内部管理机构。

2005年经过修改的中国新《公司法》对国有独资公司同样给予了高度的重视，并且加大了立法力度，增加了许多新的制度性规定。

该法修正了1993年《公司法》对于国有独资公司的界定，规定国有独资公司，是指国家单独出资、由国务院或者地方人民政府委托本级人民政府国有资产监督管理机构履行出资人职责的有限责任公司。其特征在于：投资者是单一的，由各级国有资产监督管理机构作为独任股东；投资者的有限责任，国有的财产一旦投入到公司中，公司就有了独立的法人财产，享有法人财产权，投资者仅在其出资的范围内对公司承担责任。

该法规定的国有独资公司与前文所述的国有企业是有区别的。尽管二者都属“国有”，但前者是依据《公司法》设立的一种特殊的有限责任公司。其性质是相同的，都属于国家所有。其与国有企业的根本区别在于内部治理结构和责任能力等方面的内容。应当说，与国有企业的规范相比较，其治理结构更趋合理，其责任体系更加明确，更有利于明确国家与公司的产权关系和经营责任，更有利于国有资产的保值、增值，也更有利于企业的独立经营，自负盈亏。但是，这并不等于说中国已经废止了《企业法》，尚没有实行公司制改造的国有企业仍然可以适用《企业法》。况且，《企业法》中所规定的一些企业内部管理机制在很多国有企业中仍然适用，一些体现企业与政府关系的规定，也在特定的地区和时期内有效。所以，不能因为《公司法》的颁布，而彻底否定《企业法》的存在。

中国新《公司法》在第二章第四节中对国有独资公司作了特别规定，该节没有特别规定的，适用对一般有限责任公司的规定。其主要制度涉及到：

第一，国有独资公司章程的制定。一般来说，公司章程由股东或者发起人制定，但根据新《公司法》第66条的规定，国有独资公司章程可以由作为股东的国有资产监督管理机构制定，也可以由董事会制订报国有资产监督管理机构批准。

第二，国有独资公司的组织机构及职权。根据新《公司法》的有关规定，国有独资公司不设股东会，由国有资产监督管理机构行使股东会职权。国有资产监督管理机构可以授权公司董事会行使股东会的部分职权，决定公司的重大事项，但公司的合并、分立、解散、增加或者减少注册资本和发行公司债券，必须由国有资产监督管理机构决定；其中，重要的国有独资公司合并、分立、解散、申请破产的，应当由国有资产监督管理机构审核后，报本级人民政府批准。重要的国有独资公司的范围，按照国务院的规定确定。

国有独资公司董事会成员中应当有公司职工代表，董事每届任期不得超过三年，由国有资产监督管理机构委派，但董事会成员中的职工代表由公司职工代表大会选举产生。董事会设董事长一人，可以设副董事长。董事长、副董事长由国有资产监督管理机构从董事会成员中指定。国有独资公司设经理，由董事会聘任或者解聘。经国有资产监督管理机构同意，董事会成员可以兼任经理。

国有独资公司监事会成员不得少于五人，其中职工代表的比例不得低于三分之一，具体比例由公司章程规定。监事会成员由国有资产监督管理机构委派；但是，监事会成员中的职工代表由公司职工代表大会选举产生。监事会主席由国有资产监督管理机构从监事会成员中指定。监事会的职权范围包括：检查公司财务；对董事、高级管理人员执行公司职务的行为进行监督，对违反法律、行政法规、公司章程或者股东会决议的董事、高级管理人员提出罢免的建议；当董事、高级管理人员的行为损害公司的利益时，要求董事、高级管理人员予以纠正；国务院规定的其他职权。

第三，国有独资公司董事和高级管理人员的兼业限制。根据新《公司法》第70条的规定，国有独资公司的董事长、副董事长、董事、高级管理人员，未经国有资产监督管理机构同意，不得在其他有限责任公司、股份有限公司或者其他经济组织兼职。

三、城镇集体企业

1、城镇集体企业的概念

城镇集体所有制企业是财产属于劳动群众集体所有、实行共同劳动、在分配方式上以按劳分配为主体，具有法人资格，以其全部财产独立承担民事责任，依法独立的享有民事权利和承担民事义务的经济组织。城镇集体所有制经济是中国公有制经济的一个基本组成部分，国家鼓励和扶持城镇集体所有制经济的发展。集体企业的财产及其合法权益受国家法律保护，不受侵犯。

2、城镇集体企业的特征

（1）城镇集体企业属于劳动群众集体所有；

（2）若城镇集体企业的组织形式属于联合经济组织，即属于联合经济组织范围内的劳动群众集体所有；

（3）若城镇集体企业的投资主体为两个或者两个以上的集体企业，其中前（1）、（2）项劳动群众集体所有的财产应当占主导地位。这里所称主导地位，是指劳动群众集体所有的财产占企业全部财产的比例，一般情况下应不低于51％，特殊情况经过原审批部门批准，可以适当降低。

城镇集体企业应当遵循的原则是：自愿组合、自筹资金、独立核算、自负盈亏，自主经营、民主管理，集体积累、自主支配，按劳分配、入股分红。

3、城镇集体企业的法律地位

城镇集体企业是独立的商品经济组织，具有法人资格，依法独立的享有民事权利和承担民事义务。城镇集体所有制经济是中国公有制

经济的一个基本组成部分，国家鼓励和扶持城镇集体所有制经济的发展。集体企业的财产及其合法权益受国家法律保护，不受侵犯。其自主经营权比较广泛，具体包括：在产、供、销方面，享有生产经营活动自主安排权、物资选购权、产品销售权、进出口权、制定价格权、联合经营权等。在人、财、物方面，享有人事劳动管理权、拒绝摊派权和优惠权（即企业有权享受国家法律、法规和政策规定给予城镇集体所有制企业的各种优惠待遇）。集体企业与国有企业都是自主经营、自负盈亏、独立核算的经济组织，但相对于国有企业的独立性要大一些，实质上受到的限制要小一些。这是由这两种企业公有制形式的不同决定的。

4、城镇集体企业和政府的关系

各级政府应当把发展城镇集体经济纳入各级政府的国民经济和社会发展计划，从各方面给予扶持和指导，保障城镇集体经济的健康发展。国务院城镇集体经济的主管机构，负责全国城镇集体经济的宏观指导和管理，其主要职责是：拟订城镇集体经济的发展政策和法律法规，协调全国城镇集体经济发展中的重大问题，组织有关方面监督、检查集体企业政策、法规的执行情况。市（含县级市）以上人民政府应当根据城镇集体经济发展的需要，确定城镇集体企业的指导部门，加强对集体企业的政策指导，协调当地城镇集体经济发展中的问题，组织有关方面监督、检查集体企业政策、法规的执行情况。政府有关行业管理部门，应当依照法律、法规的规定，在各自的职责范围内，负责本行业集体企业的行业指导和管理工作。各级人民政府的其他有关部门，依法对集体企业进行监督和提供服务。国家保护集体企业的合法权益。任何政府部门及其他单位和个人不得改变集体企业的集体所有制性质和损害集体企业的财产所有权，不得向集体企业摊派人力、物力、财力，不得干预集体企业的生产经营和民主管理。

四、乡镇集体企业

1、乡镇集体企业的概念

乡镇集体企业，是指农村集体经济组织或者农民投资为主，在乡镇（包括所辖村）举办的承担支援农业义务的各类企业。这里所称投资为主，是指农村集体经济组织或者农民投资超过百分之五十，或者虽不足百分之五十，但能起到控股或者实际支配作用。

2、乡镇集体企业的特征

乡镇企业符合企业法人条件的，依法取得企业法人资格。农村集体经济组织投资设立的乡镇企业，其企业财产权属于设立该企业的全体农民集体所有。农村集体经济组织与其他企业、组织或者个人共同投资设立的乡镇企业，其企业财产权按照出资份额属于投资者所有。具有企业法人资格的乡镇企业，依法享有法人财产权。农民合伙或者单独投资设立的乡镇企业，其企业财产权属于投资者所有。乡镇企业依法实行独立核算，自主经营，自负盈亏。

3、乡镇集体企业的地位

乡镇企业是农村经济的重要支柱和国民经济的重要组成部分。国家对乡镇企业积极扶持、合理规划、分类指导、依法管理。国家鼓励和重点扶持经济欠发达地区、少数民族地区发展乡镇企业，鼓励经济发达地区的乡镇企业或者其他经济组织采取多种形式支持经济欠发达地区和少数民族地区举办乡镇企业。国务院乡镇企业行政管理部门和有关部门按照各自的职责对全国的乡镇企业进行规划、协调、监督、服务；县级以上地方各级人民政府乡镇企业行政管理部门和有关部门按照各自的职责对本行政区域内的乡镇企业进行规划、协调、监督、服务。国家保护乡镇企业的合法权益；乡镇企业的合法财产不受侵犯。任何组织或者个人不得违反法律、行政法规干预乡镇企业的生产

经营，撤换企业负责人；不得非法占有或者无偿使用乡镇企业的财产。

4、乡镇集体企业的管理机制

乡镇企业依法实行民主管理，投资者在确定企业经营管理制度和企业负责人，作出重大经营决策和决定职工工资、生活福利、劳动保护、劳动安全等重大问题时，应当听取本企业工会或者职工的意见，实施情况要定期向职工公布，接受职工监督。

五、乡村集体企业

1、乡村集体企业的概念

乡村集体企业，是指由乡（含镇）村（含村民小组）农民集体举办的企业。

2、乡村集体企业的特征

乡村集体所有制企业实行自主经营，独立核算，自负盈亏。

乡村集体所有制企业实行多种形式的经营责任制。

乡村集体所有制企业可以在不改变集体所有制性质的前提下，吸收投资入股。

3、乡村集体企业的地位

乡村集体所有制企业是中国公有制经济的组成部分。

国家对乡村集体所有制企业实行积极扶持，合理规划，正确引导，加强管理的方针。乡村集体所有制企业的主要任务是：发展商品

生产和服务业，满足社会日益增长的物质和文化生活的需要；调整农村产业结构，合理利用农村劳动力；支援农业生产和农村建设，增加国家财政和农民的收入；积极发展出口创汇生产；为大工业配套和服务。国家保护乡村集体所有制企业的合法权益，禁止任何组织和个人侵犯其财产。

4、乡村集体企业的管理机制

乡村集体所有制企业实行厂长（经理）负责制。厂长（经理）是企业的法定代表人。乡村集体所有制企业的厂长（经理）由企业所有者选举或者选聘。乡村集体所有制企业职工有权参加企业的民主管理，有权对厂长（经理）和其他管理人员提出批评和控告。企业职工大会或者职工代表大会有权对企业经营管理中的问题提出意见和建议，评议，监督厂长（经理）和其他管理人员。

这里，乡村集体企业的管理体制的产生方式既与城镇集体企业不同，又与国有企业不同。在乡镇集体企业，厂长（经理）由企业的所有者选举或者选聘，职工或者职工（代表）大会有权实施监督。

六、合营或合资商事法人

它是指由两个以上的投资主体共同出资，经工商登记注册而成立的商事组织。根据中国《民法通则》的规定，如果是两个以上法人组织联营并获得法人资格的属法人型联营企业；根据中国《公司法》的规定，如果是不同投资主体共同投资组建的，可以是有限责任公司或股份有限公司。

从目前中国立法情况看，调整合营或合资商事法人的法律依据主要是《民法通则》和一九八六年三月二十三日国务院发布的《关于进一步推动横向经济联合若干问题的规定》。

根据《民法通则》第51条至53条的规定，企业之间或者企业、事业单位之间合营或合资（主要是以联营的形式出现），可以产生三种情况，即：（1）组成新的经济实体，独立承担民事责任，具备法人条件的，经主管机关核准登记，取得法人资格，并以自己的名义独立从事商行为，合营或合资各方以其出资额为限对商法人的债务承担责任，所建立的商事法人以其全部财产对外承担法律责任；（2）共同经营、不具备法人条件的，由联营各方按照出资比例或者协议的约定，以各自所有的或者经营管理的财产承担民事责任。依照法律的规定或者协议的约定负连带责任的，承担连带责任；（3）企业之间或者企业、事业单位之间联营，按照合同的约定各自独立经营的，它的权利和义务由合同约定，各自承担民事责任。

中国的企业间的合营或合资形式是中国改革开放的产物，也是适应当时形势发展的需要的一项改革措施，带有明显的行政色彩。从现在的情况看，企业间的合营或合资，完全可以依照《公司法》和《民法通则》等有关法律的规定加以调整和规制。如果合营或合资双方是不同的投资主体，完全可以依照《公司法》的规定，共同投资组建一个有限责任公司或股份有限公司。

此外，中国曾经在20世纪90年代初，先后颁布过诸如《农民股份合作企业暂行规定》、《关于国内合资建设的暂行办法》、《物资部关于物资企业联营若干问题的规定》和《乡镇联营企业暂行规定》等法规，分别对国内的合营企业、合资企业和联营企业等商事主体进行了规范。

七、农民专业合作社

中国农村改革开放以来，中国政府确立了以家庭承包经营为基础，统分结合的双层经营体制，农户的市场经营主体地位也因此确

立。但是，由于经营规模小、应对自然风险和市场风险的能力弱，农户在商品生产和经营中遇到很多困难，因此，组织起来共同面对市场风险成为市场经济体制下分散经营的农民的必然选择。其中，受到农民群众普遍欢迎的一种十分重要的组织形式，就是农民专业合作社。但是，由于缺乏法律的保护和规范，在市场竞争中，农民专业合作社法律地位不明确、内部运行不规范、组织和成员的权益不能得到保护等问题，成为制约农民专业合作社发展的瓶颈。对此，中国全国人大和国务院高度重视。在2004—2006年的中央一号文件中，都明确提出要加快立法进程。经过三年的广泛调研、论证、起草和审议修改工作，十届全国人大常委会第二十四次会议于2006年10月31日通过了《中华人民共和国农民专业合作社法》（以下简称《农民专业合作社法》）。自此，农民专业合作社正式成为中国一个独立的商事主体。

农民专业合作社是在农村家庭承包经营基础上，同类农产品的生产经营者或者同类农业生产经营服务的提供者、利用者，自愿联合、民主管理的互助性经济组织。农民专业合作社以其成员为主要服务对象，提供农业生产资料的购买，农产品的销售、加工、运输、贮藏以及与农业生产经营有关的技术、信息等服务。农民专业合作社依照法律登记，取得法人资格。

农民专业合作社对由成员出资、公积金、国家财政直接补助、他人捐赠以及合法取得的其他资产所形成的财产，享有占有、使用和处分的权利，并以上述财产对债务承担责任。农民专业合作社成员以其账户内记载的出资额和公积金份额为限对农民专业合作社承担责任。国家保护农民专业合作社及其成员的合法权益，任何单位和个人不得侵犯。

农民专业合作社的法律地位问题是法律对该组织人格的确认，在《农民专业合作社法》颁布之前农民专业合作社遇到的设立、登记、贷款和交易的障碍都与其法律地位不明确直接相关，因此，明确其法

律地位是本法的重要立法目的之一。《民法通则》规定了法人应当具备的四个条件，即：依法成立；有必要的财产和经费；有自己的名称、组织机构和场所；能够独立承担民事责任。从多数农民专业合作社的实际情况来看，是符合这些条件的。因此，本法规定“农民专业合作社依照本法登记，取得法人资格”。由此看出，农民专业合作社依照本法登记后即享有法人地位，即法律认可了其独立的民商事主体地位，从而可以享有法人的权利能力和相应的行为能力。

八、有限责任公司与股份有限公司

中国公司制度已有几十年的发展历程。新中国成立后，国家在工商业的社会主义改造中颁布了一些涉及公司的法规，旨在对由旧中国遗留下来的由民族资本创办的私营企业进行公司合营之类的社会主义改造。其中，1950年12月29日通过的《私营企业暂行条例》规定了私营企业的三种组织形式，即独资企业、合伙企业和公司，公司又包括无限责任公司、有限公司、两合公司、股份有限公司和股份两合公司，并规定企业非系公司组织者不得使用公司名称。这种对公司种类的划分基本上是参照旧中国公司法而作的分类。随着社会主义改造的结束，这些公司也就不复存在了。与此同时，国家还把官僚资本企业全部收归国有，通过改组，在工业、商业、运输业、建筑业等部门组建了一批属于国营独资企业性质的“公司”。从社会主义改造结束到上个世纪的七十年代末这一时期，传统的公司基本绝迹，那一时期的公司实际上是该行业的行政管理机关。直到上世纪八十年代，我国开始了经济体制改革，在全国范围内又组建了一批行政性公司，但这些公司仍然与其他类型的企业没有本质差别。因此，实践与理论方面对公司的概念都很混乱。

1985年国务院关于进一步清理和整顿公司的通知和《公司登记管理暂行规定》均对公司下了定义。上述暂行规定第二条写道：“本规定

所称公司指依本规定程序设立，有独立财产，自主经营，自负盈亏，依法承担经济责任的从事生产经营或服务性业务的经济实体。”如此看来，公司由三个方面组成，一要依照法律规定的程序设立，一要以从事经营为目的，还要有法人资格。[注]

1993年的《公司法》第3条称：“有限责任公司和股份有限公司是企业法人。有限责任公司，股东以其出资额为限对公司承担责任，公司以其全部资产对公司的债务承担责任。股份有限公司，其全部资本分为等额股份，股东以其所持股份为限对公司承担责任，公司以其全部资产对公司的债务承担责任。”

2005年修订的新《公司法》第3条，对公司的描述更加简洁：“公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任；股份有限公司的股东以其认购的股份对公司承担责任。”实际上，公司法并没有对各种类型的公司给一个通用的定义，多为描述性的，有学者认为“在社会主义市场经济条件下，我国规范化的公司应是指依照法律规定、以营利为目的，由股东投资而设立的企业法人”。[注]

这里需要特别值得提出的是中国新《公司法》顺应世界一人公司发展的潮流，首次承认一人有限责任公司的法律地位，并且用了7个条文对一人有限责任公司的定义、设立、公司注明或载明、公司章程、股东行使职权、财务会计制度、股东的民事责任等内容进行了规范。这标志着我国公司制度的进一步趋向完善，也必将对我国的市场经济的发展起到重要的促进作用。但是，一人公司的股东的民事责任问题则存在着明显的问题。

新《公司法》第63条规定：“一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。”这

是关于一人有限责任公司的股东的民事责任的规定。

由于一人有限责任公司股东的惟一性，惟一股东的意思便是公司的意思，这样容易造成一人有限责任公司业务与唯一股东的业务多方面的混同，诸如经营业务完全一致，公司资本与唯一股东生活费用的混杂使用，公司营业场所与唯一股东居所的合一，公司交通工具与唯一股东的个人交通工具混用等。由此，使公司相对人难以分清与之交易的对象是公司还是股东个人，也无法保证公司财产的完整性，最终导致公司债权人承担较大的经营风险；同时，为了避免因公司经营失误而不致危及唯一股东在公司之外的财产，因此，极有必要将公司财产与唯一股东的个人财产相分离，这样既符合一人有限责任公司的有限责任的性质，又有利于相对债权人利益的保护。但是，在实际生活中，很多一人有限责任公司的股东与公司财产无法分清的事实，为了保障公司债权人的利益，防止公司股东以此逃避债务，法律有必要规定一人有限责任公司的唯一股东承担一定的所谓“无限责任”，这就是上述的《公司法》第63条的关于一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任的规定。

这里实际上是把本应作为相互独立的公司及其股东视为同一主体，对公司债务承担连带责任。“连带责任”，是按份责任的对称，它是指两个以上的债务人，共同负责履行清偿同一债务的行为。它是保证债务履行的一种手段。在这里的所谓“连带责任”，实际上就是一种无限责任，亦即只要唯一股东无法证实自己的财产是与公司财产分离的，而公司的财产已经不足以偿还债务时，唯一股东对这些债务就应当承担无限责任，即用自己的个人财产来补偿以公司财产不足以清偿的而应当承担的其余债务。这里具有着举证倒置的性质，即唯一股东只有在出具了充分的证据证明自己的个人财产与公司的财产是分离的情况下，对公司的债务才能够承担有限责任，否则，当唯一股东拿不出或者没有相关证据证实其自己个人财产与公司财产是分离的，该唯

一股东就要对公司的债务承担无限责任（连带责任）。这是我国对于一人有限责任公司制度的独创性规定，具有我国的独有特色，应该说，这是与我国的信用制度尚不健全，诚信状况不尽如人意的现实情况有着密切相关的。

鉴于有此规定，一人有限责任公司的唯一股东要特别注意的是，在经营中不要用公司的名义购买自己和家庭日常的生活用品，如自己或家庭使用的汽车、房屋、服装、生活必需用品等，即不要在公司的账面上出现用于购买个人或家庭财产的票据或证明文件，以此即可以从一个方面证实自己的个人财产与公司财产产权的清晰与分离，以避免在公司出现债务时危及到自己的日常生活和生存，而得以充分利用公司有限责任的优势。

我国《公司法》既已承认一人有限责任公司的独立地位，这是我国公司制度的一大改革和进步。但是，毋庸讳言，由于我国《公司法》对一人有限责任公司在设立、出资资本，特别是对于唯一股东的民事责任等方面的限制性规定，其实际运用价值和效率必然大打折扣，一般投资者也不会轻易选择一人有限责任公司的投资形式。笔者相信，随着我国法制和信用制度的不断完善，目前套在一人有限责任公司头上的一系列枷锁和制约，也必将成为历史的陈迹。因为，只有能够充分发挥和激励社会资源的作用的法律制度，才能够得到历史的承认并得以发展。

九、外商投资企业

（一）外商投资企业的概念

外商投资企业，是指外国投资者依据中华人民共和国法律的规定，在中国境内单独出资设立或与中国投资者共同出资设立的企业。中国自十一届三中全会以来，实行对外开放政策，大量吸引外资发展

我国经济，有力促进了外商投资企业的发展，外商投资企业已经成为我国市场经济活动中重要的市场主体。

外商投资企业具有如下特征：

第一，外商投资企业由外国投资者出资设立。如无外国投资者，就不存在外商投资企业。外国投资者可以是外国的公司或其他经济组织也可以是外国的自然人。外国投资者可以单独出资设立外商投资企业，也可以与中国投资者共同出资设立外商投资企业。另根据《台湾同胞投资保护法》和国务院《关于鼓励华侨和香港澳门同胞投资的规定》，华侨和台港澳的公司、其他经济组织或个人在中国大陆投资的企业，可参照国家有关外商投资的法律、法规的规定，并享受相应的外商投资待遇。因此，台港澳同胞投资的企业，法律上也视为外商投资企业。

第二，外商投资企业是在我国境内设立的企业。如果一个企业不在中国境内设立，即便是由外国投资者和我国投资者共同设立，也不属于外商投资企业。这里所说的我国境内是从法域的角度来说的，指中华人民共和国法律效力所及的地域。在中国，存在着不同的法域。相对于台港澳而言，中华人民共和国法律效力所及的领域是指台港澳以外的中国大陆地区。因此，外商投资企业是指在中国大陆设立的企业，外国投资者在台港澳地区设立的企业不属于外商投资企业。

第三，外商投资企业是依据中华人民共和国法律的规定设立的企业，具有中国国籍。中国为了规范外商投资行为和外商投资企业，专门制定了三个外商投资企业法。外国投资者依据我国的外商投资企业法，在我国境内设立的企业属于中国籍企业，而不属于外国籍企业。

第四，外商投资企业的设立实行核准主义。吸引外资具有弥补国内资本不足，促进经济发展的积极作用。因此，国家依法鼓励外商投资和保护外商投资。但是，外国资本的输入对国内资本必然构成竞

争，有时也可能对国家经济主权构成冲击。因此，对于外国资本的输入，任何国家都不可能采取放任的态度，而是通过立法加以引导和规范。对外商投资企业采取核准主义，是国家对外国资本实行引导和规范的必要法律手段之户。在中国，外商投资企业的设立除了须具备法律规定的条件外，还须经外资主管部门的批准。

（二）外商投资企业的类型

按照法律规定的经营方式标准，可以将外商投资企业划分为中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业。

1、中外合资经营企业，是中国投资者和外国投资者按照《中外合资经营企业法》的规定，在我国境内设立的共同出资、共同经营并按照出资比例分享利润和分担风险的企业。中外合资经营企业不同与其他形式的外商投资企业的主要特点是，合营各方按照合同和章程的规定履行出资的义务，其投资的资本计价人股，合营各方按照股权比例享有权利和分担风险。

2、中外合作经营企业，是指中国投资者和外国投资者依据《中外合作经营企业法》的规定，在中国境内设立的按照约定的合作条件进行投资，并按照约定分享利润和分担风险的企业。中外合作经营企业不同于中外合资经营企业的主要区别是，合作各方可以将出资计价人股，也可以不作价人股，只是作为合作条件，合作各方按照约定而不是按照股权比例享有权利和分担风险。

3、外资企业，是指依据《外资企业法》的规定，在中国境内设立的全部资本由外国投资者投入的企业。与中外合资经营企业、中外合作经营企业不同，外资企业的资本全部由外国投资者投入，没有中国投资者的出资。按照法律规定的企业组织形式标准，可以将外商投资企业划分为公司型的外商投资企业、合伙型的外商投资企业和独资型的外商投资企业。按照中国外资企业法的规定，中外合资经营企业的

组织形式为有限责任公司；中外合作经营企业的组织形式可以是有限责任公司，也可以是合伙企业；外资企业的组织形式可以是有限责任公司，也可以是合伙企业或是独资企业。另外，根据国家对外经济贸易合作部（2003年国家机构改革后其职能并人商务部）1995年发布的《关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂行规定》，外国投资者可以依据我国《公司法》的规定，经批准设立股份有限公司。

（三）外商投资企业的法律适用

自1999年以来，为了吸引外资，加强对外商投资企业的规范，国家先后通过了三部外商投资企业法，即《中外合资经营企业法》（1979年7月1日五届全国人大二次会议通过，1990年和2001年两次修改）、《外资企业法》（1986年4月12日六届全国人大四次会议通过）和《中外合作经营企业法》（1988年4月13日七届全国人大一次会议通过，2000年修改）。为贯彻实施外商投资企业法，1983年，国务院颁布了《中外合资经营企业法实施条例》（1986年、1987年、2001年三次修改）51990年，国务院批准、对外经济贸易合作部（商务部）发布了《外资企业法实施细则》（2001年修改）；1995年，国务院批准、对外经济贸易合作部（商务部）发布了《中外合作经营企业法实施细则》。此外，对外经济贸易合作部（商务部）还发布了《关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂行规定》、《关于外商投资举办投资性公司的暂行规定》、《外商投资企业清算办法》等部门规章。这些法律、法规和部门规章构成了我国相对独立的外商投资企业法律体系。

从实践情况看，外商投资企业的组织形式主要是公司。为规范公司的设立和行为，1993年12月29日，八届全国人大常委会第五次会议通过了《公司法》。《公司法》对外商投资企业的法律适用作了专门的规定。该法第18条规定：“外商投资的有限责任公司适用本法，有关中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业的法律另有规定

的，适用其规定。”另外，对外经济贸易合作部（商务部）发布的《关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂行规定》第25条对外商投资的股份公司的法律适用也作了类似的规定。这样就确定了《公司法》与外商投资企业法的普通法与特别法的关系，在法律适用上，外商投资企业法有规定的优先适用其规定，没有规定的适用公司法的规定。例如，依《公司法》的规定，公司的组织机构包括股东会、董事会和监事会，股东会是公司的最高权力机构；然而，依外商投资企业法的规定，外商投资企业不设股东会监事会，只设董事会，董事会是企业的最高权力机构。按照上述外商投资企业法律适用的原则，外商技资设立企业可以不设股东会和监事会，只设董事会，作为企业的最高权力机构。

但是，外商投资企业这种在中国已经发展了二十多年的企业形式，在进入21世纪以来，也开始面临着严峻的挑战。2002年以来，中国迎来了新的外商投资热潮，与以往不同的是，这次热潮外商资本对中投资，独资首次超过了合资。同时，20年前一部分经营相对成功的合资企业，也发生外商通过增资控股、收购等形式，转化为外方控股公司。松下、宝洁、西门子、日立等公司陆续将他们在中国的合资公司转为独资，商务部在2006年发布的《2005年跨国公司在中国报告》中强调了这一趋势。

从合资企业发展的历程看，“合资”毕竟是一个特殊时代的特殊产物。以国营企业为主的合资公司，必定带有浓厚的政府色彩和背负着沉重的政治任务。20年来，“合资”企业为中国带来了改革开放急需的资本和技术，同时，也带来了东西方文化与价值观的激烈冲突。今天，“合资中国”已经被人渐渐遗忘，“独资潮”成为了这个时代最热门的词汇。不管外方资本怎样看待中国的合资时代，不可忘记的是，正是由于“合资中国”的这个切入点，引发了25年来中国经济的迅速成长，一批海尔、联想、华为这样的企业在竞争中脱颖而出，人均收

入、GDP每年以高于世界平均水平的速度在攀升，今天的中国经济已经从襁褓中的婴儿，成长为令世界瞩目的健壮青年。

在当时计划经济的束缚下，合资的意义是政府资本与国外资本的结合，合资中方主体是政府，国营企业和集体企业，而非私人资本在自愿出资共同获利的原则下的自由结合。在这样的背景下，中方资本与外方资本比例，虽然相关法律放松了限制，但是在事实层面，仍有一定的控制，特别是在大型工业项目中，中方为了力求能够在未来的经营中获得更多的话语权和决策权，以及保证国有资产增值，更小心谨慎。而且，由于合资是计划的产物，双方资产的评估，股份的多寡，自然不能完全按照市场规律的原则处理。中外双方资产被高估或者低估的情况都存在，为今后的合作失败埋下了伏笔。所谓强扭的瓜不甜，这句俗话证明了今天“离婚潮”的必然。

此外，当时的合资项目中方的主要目的是吸纳资金，引进技术，在卖方市场下管理的科学性和市场导向也没形成共识。而国外企业在与中方的合资过程中，主要看重的是中国巨大而低层次的市场，是过时技术的一个泄洪口，是利用已将淘汰的旧技术再掘最后一桶金的巨大机会，不同的出发点，必然导致双方合资的道路上充满荆棘。因此，双方对于市场前景的研究和管理方面的建设，以及技术更新等等一系列后来所面临的问题，都缺乏有效的规划。

但导致这种结局的最根本原因还是在于当初的政府包办“婚姻”。不过，在改革开放刚刚开始的年代，政府必须拿出办法，来保护民族工业，保护市场环境，同时，在全体国民对外面的世界根本不了解的情况下，也必须采取一些强硬手段，来推动中国企业参与国际化竞争。从这个方面看来，当初的政府决策无疑是最经济，最具有效率的决策。而近20年来中国经济的迅猛发展，也证明了合资企业对中国经济做出的重大贡献，在日趋激烈的市场竞争中，一批优秀的民族企业也正是从中崛起。因此，无论是“合资中国”还是“独资潮”，也都不会

对中国迅速发展的经济产生什么重大影响，激烈的国际化竞争必然莅临中国，无论什么也难以阻止市场经济发展的步伐。

由上述可见，我们的立法也必须紧跟时代发展的脚步。商法作为调整商事关系最主要的法律体系，首要任务就是为飞速发展的市场经济服务。因此，在未来的“商法通则”中，应该对该问题有所反映，如可以就外商独资企业增加规范的内容和篇幅，以加大对其的调整力度。特别是对其的设立条件、程序、内部治理等内容参照《公司法》的规定，逐步过渡到与内资企业享受同等的待遇，并且在适当的时期，将三个外资企业法予以合并或者取消，把它们统一到中国《公司法》的调整范畴之内。但这个问题还有待进一步的研究。在此，只是起一个抛砖引玉的作用。

十、其他形式的商事法人

这部分内容主要包括以特殊目的和形式设立的商事法人，如商业银行、外资银行和其他非银行金融机构等。

（一）商业银行

中国的《商业银行法》由中华人民共和国第八届人民代表大会常务委员会第十三次会议于1995年5月10日通过，自1995年7月1日起施行。这是调整中国商业银行法律关系的基本法律。中国目前共有工、农、中、建、交等84家中资商业银行，汇丰、花旗等37家在华外资银行，[注]因此，商业银行已经成为中国商事法人中十分重要的成员，理应成为商法所调整的商事关系的重要的组成部分，因为，从其性质上讲，也应当属于企业法人（公司）的范畴。因此，在此有必要对于商业银行的概念、性质、特征、职能等问题予以重申。

（二）外资银行

外资银行进入中国是中国加入WTO以后的事。因为，根据WTO的协议，2006年以后中国将取消所有对外资银行的所有权、经营权的设立限制，包括所有制的限制，允许外资银行向中国客户提供人民币业务服务，给予外资银行国民待遇。2006年下半年以来，中国银监会批准9家外资银行将境内分行改制筹建为法人银行，它们分别是：渣打银行、东亚银行、汇丰银行、恒生银行、日本瑞穗实业银行、日本三菱东京日联银行、新加坡星展银行、花旗银行和荷兰银行。据了解，这9家外资法人银行的注册地均在上海市。截至2006年9月末，上述9家外资银行在中国境内分行数量占外资银行在华分行总数的34%，总资产占外资银行在华总资产的55%，盈利占外资银行在华盈利的58%。根据《中华人民共和国外资银行管理条例》及其《实施细则》的规定，外国银行将其中国境内分行改制为外资法人银行分为两步，第一步是批准筹建外资法人银行，将原外国银行分支机构改制为拟设外资法人银行的分支机构；第二步是改制筹建工作完成后，批准外资法人银行正式设立。

可见，外资银行已经逐渐成为了中国境内一个重要的商事主体。为了调整外资银行的商事法律关系，中国国务院于2006年11月8日颁布了《中华人民共和国外资银行管理条例》，自2006年12月11日起施行，并且又于12月中国银监会发布了《中华人民共和国外资银行管理条例实施细则》。在一并公布的公告中，银监会表示，给予外商独资银行、中外合资银行在执行某些监管指标方面相应的宽限期。在此之前，中国曾于2001年12月20日公布过一部调整外资银行的行政法规——《中华人民共和国外资金融机构管理条例》。时隔仅5年时间，就重新颁布这部新的法规，说明了外资银行在中国的发展势头已经是来势汹汹，不可逆转。因此，尽快颁布相应的法律、法规是十分必要和及时的。

（三）非银行金融机构

非银行金融机构是指银行以外的从事货币信用业务和金融服务业务的金融机构，是国家金融体系的重要组成部分。非银行金融机构在中国的发展是近二十年中国金融经济改革取得的显著成绩之一。非银行金融机构的特征如下：

（1）未冠以"银行"名称。非银行金融机构的名称不能冠以"银行"字样，只能是与本机构经营业务相对应的名称，如保险公司、证券公司、信用合作社等。

（2）从事的金融服务业范围较为单一。非银行金融机构从事的主营业务一般较为单一，大多数非银行金融机构不能吸收存款和发放贷款，其主要从事的经营活动受到相应法规的严格限制。

（3）由单独的法规调整。非银行金融机构一般由单独的法律规范调整，如《保险法》、《证券法》、《金融资产管理公司条例》、《城市信用合作社管理办法》等。

1、证券公司

证券公司是指依照证券法和公司法的有关规定，由证券监管机构批准设立的从事证券经营业务的有限责任公司或股份有限公司。证券有限责任公司是指股东以其出资额为限对证券公司承担责任，证券公司以其全部资产对公司债务承担责任的证券公司。证券股份有限公司是指证券公司的全部资本分为等额股份，股东以其所持股份为限对证券公司承担责任，证券公司以其全部资产对公司的债务承担责任的证券公司。

《证券法》规定证券公司可以经营证券经纪，证券投资咨询，与证券交易、证券技资活动有关的财务顾问，证券承销与保荐，证券自营，证券资产管理和其他证券业务。从我国现阶段证券市场的发展状

况来看，许多证券业务还没有开展起来，证券公司的主要业务范围为证券承销、证券自营和证券经纪业务。

2、保险公司

在中国，经营商业保险业务的必须是依据保险法设立的保险公司，其他单位和个人不得经营商业保险业务。在中国境内的法人和其他组织需要办理境内保险的，应当向中国境内的保险公司投保。保险公司的组织形式为股份有限公司和国有独资公司。

3、金融租赁公司

中国《金融租赁公司管理办法》所称的金融租赁公司是指经中国人民银行批准以经营融资租赁业务为主的非银行金融机构。

1977年7月，中国颁布了《中外合资经营企业法》后，中国国际信托投资公司（简称中信公司）作为利用外资的主要窗口之一，开始创办国际租赁业务，开辟了利用外资的新渠道。1981年2月，中信公司与北京机电设备公司、日本东方租赁公司共同创建了我国第一家租赁公司—中国东方租赁有限公司。同年7月，中信公司与国家物资局等单位共同成立了中国租赁有限公司。这两家公司的成立，标志着现代租赁业在我国的诞生和现代租赁体制在我国的建立。

中国的金融租赁公司以监管对象划分，可分为三大类：中国银监会监管的金融租赁公司；商务部外资司监管的中外合资租赁公司；由商务部市场建设司管理的从事设备租赁的内资租赁公司。

按照中国加入世贸组织的承诺，2004年底，经营性租赁业务要对外商独资放开。而实际上，中国商务部在2003年底就允许外商独资开展经营性租赁业务。目前，中国外商投资租赁公司有五种类型：独立

的专业融资租赁公司、支持承租人的厂商租赁公司、支持制造商的厂商租赁公司、一般的经营性租赁公司和项目租赁公司等。

4、信托投资公司

信托业一词有两种含义。一种指信托行业，是指以营利为目的、以组织机构方式存在的、主要经营信托业务的行业。另一种指信托机构，是指依法设立的、以营利为目的、主要经营信托业务的组织机构。根据《信托投资公司管理办法》（以下称《办法》）第四条的规定，所谓信托业务是指信托投资公司以营业和收取报酬为目的，以受托人身份承诺信托和处理信托事务的经营行为。

根据信托的基本构造，信托投资公司接受委托人委托后，对信托财产进行管理和处分，与一般的受托人没有区别，因此，信托业在本质上仍是一种财产管理机构，践行着财产管理功能。但信托技资公司又是一种金融机构，为了获得尽量多的利益收入，信托业通过其特殊的运作方式，在管理信托财产的同时又融通了资金，从而具有金融机构的性质，发挥着金融机构的机能。由于信托业的制度特色和优势，使信托业成为现代金融体系中的一支重要力量，与银行业、保险业、证券业一起成为金融业的四大支柱之一。中国以立法形式确立了信托业与银行业、保险业、证券业独立存在的分业经营、分业管理的体制。《办法》第九条规定，信托投资公司不得办理存款业务，不得发行债券，不得举借外债。信托业不同于传统的银行业、保险业、证券业，它们各司其职，各具特色，不可替代，只有赋予它们相互独立的地位，才能充分发挥其各自独到的职能。

十一、普通合伙企业

是指打算设立合伙企业的自然人、法人或其它组织依照法律、行政法规规定的条件和程序，通过一定的准备工作，向企业登记机关申

请设立合伙企业，并且由登记机关依法予以登记的行为。

根据《合伙企业法》的规定，合伙人对执行合伙事务享有同等的权利。从而赋予了合伙人在合伙企业中平等的管理权、经营权、表决权和监督权、代表权。对合伙人的权利寄予了法律的保护。执行由合伙人共同决定的事务，是每一合伙人的权利，也是每一合伙人的义务。如果合伙协议上没有明确合伙人执行事务的权利范围，每一个合伙人都有权利也有义务去参与合伙事务的全部决策和执行活动，参与的过程正是合伙的表决权和经营管理权的体现。并且在同时，合伙人还有权去监督合伙事务的执行，每个合伙人也有义务去接受其他合伙人的监督。合伙事务既包括合伙企业内部入伙、退伙、转让、继承、解散、清算、处分合伙企业的财产及修改合伙企业的名称和经营期限等，同时也包括合伙企业日常立行的业务经营活动如制订企业经营计划等。不管是何种性质的事务，合伙人对执行都享有同等的权利。

十二、特殊的普通合伙企业

以专业知识和专门技能为客户提供有偿服务的专业服务机构，可以设立为特殊的普通合伙企业。特殊的普通合伙企业名称中应当标明“特殊普通合伙”字样。

特殊普通合伙企业与普通合伙企业的区别：关键要区分二者承担责任的原则不同—普通合伙企业对合伙企业的债务承担无限连带责任；而特殊普通合伙企业对合伙人本人职业行为中由于故意或重大过失引起的合伙企业债务，其他合伙是以其他在合伙企业中的财产为限承担责任，执业行为中有故意或者重大过失的合伙人，应当承担无限连带责任。对合伙人在执业活动中非因故意或者重大过失造成的合伙企业债务以及合伙企业的其他债务，由全体合伙人承担无限连带责任。

1.特殊普通合伙企业的责任形式

一是有限责任与无限责任相结合：合伙人或者数个合伙人在执业活动中因故意或者重大过失造成合伙企业债务的，应当承担无限责任或者无限连带责任，其他合伙人以其在合伙企业中的财产份额为限承担责任。

二是承担无限连带责任：上合伙人在执业活动中非因故意或者重大过失造成的合伙企业债务以及合伙企业的其他债务，由全体合伙人承担无限连带责任。

2.由于合伙人责任引起的赔偿责任

合伙人执业活动中因故意或者重大过失造成的合伙企业债务，以合伙企业财产对外承担责任后，该合伙人应当按照合伙协议的约定对给合伙企业造成的损失承担赔偿责任。

3.职业风险基金的建立和职业保险的办理

特殊的普通合伙企业应当建立执业风险基金、办理职业保险。执业风险基金用于偿付合伙人执业活动造成的债务。执业风险基金应当单独立户管理。

十三、有限合伙企业

（一）概念

有限合伙企业是指由有限合伙人和普通合伙人共同组成的，普通合伙人对合伙企业责任承担无限连带责任，有限合伙企业以他认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任的合伙组织。有限合伙企业与普通合伙企业之间具有相同的地方，如具有相同的法律地位、享受相同

的税待遇、承担相同的法律责任，并且在有限合伙企业中的普通合伙人与普通合伙企业的合伙人之间是享有基本相同的权利的，也承担着基本相同的义务。其区别主要在于合伙企业的内部构造有所不同，对于普通合伙企业的成员都是普通合伙人，当然特殊的普通合伙企业除外；而有限合伙企业的成员被划分为有限合伙人与普通有限合伙人，这两种合伙人在主体资格、权利享有、义务承受以及责任承担方面都有很大的不同。

（二）特征

有限合伙企业与普通合伙企业及有限公司的界限的区分：

1、经营管理方面

有限合伙企业中的有限合伙人一般是不参与合伙人具体经营管理的，而是由普通合伙人从事具体的经营管理；而普通合伙企业中的合伙人一般都可以参与合伙企业的经营管理；有限公司的股东有权去参与公司的经营管理，其中的管理有直接参与也有间接参与。

2、风险承担方面的不同

有限合伙企业中不同类型的合伙人所承担的责任是有所不同的，有限合伙人以他的出资额为限承担有限责任，而普通合伙人之间承担无限连带责任；对于普通企业的合伙人之间对合伙债务承担无限连带责任；有限公司中的公司股东对公司债务以他各自的出资额为限承担有限责任。

（三）有限合伙企业的法律地位

在中国有限合伙企业不具有独立的法人人格的，作为独立的第三民事主体是兼具有自然人与法人的某些特征。与法人基本相同的是有限合伙企业有自己的名称、自己的财产、能够独立的起诉和应诉；和

自然人相同的是有限合伙企业普通合伙人对有限合伙债务承担无限连带责任。

十四、个体工商户

《民法通则》第26条规定，公民在法律允许的范围内，依法经核准登记，从事工商业经营的，为个体工商户。

有经营能力的城镇待业人员、农村村民以及国家政策允许的其他人员，可以申请从事个体工商业经营，依法经核准登记后为个体工商户。个体工商户可以在国家法律和政策允许的范围内，经营工业、手工业、建筑业、交通运输业、商业、饮食业、服务业、修理业及其他行业。个体工商户，可以个人经营，也可以家庭经营。个人经营的，以个人全部财产承担民事责任；家庭经营的，以家庭全部财产承担责任。个体工商户可以根据经营情况聘请一定数量的帮手；有技术的个体工商户还可以带一定数量的学徒。

个体工商户可以起字号。个体工商户对外以户的名义独立进行商事活动，个体工商户无论是由公民个人经营还是家庭经营，对外均以在工商行政管理机关登记注册的户的名义独立进行民事活动，取得民事权利，承担民事义务。

个体工商户是中国改革开放的产物，其初衷是为了促进城乡劳动者个体经济的发展，以弥补当时国营和集体企业在满足城乡居民生活中对日常生活用品、食品、粮油等生产、销售环节所表现出来的不足。在当时应该说是一个良好的尝试，它所具备的从业门槛、成本低，办理注册手续简便，纳税负担相对较轻等特点，非常符合中国当时的居民的收入状况和对于创业风险的承受能力和心理准备等真实情况。它的逐渐普及，不仅缓解了当时城市居民对于日常生活水平的不断提高的要求与日用产品生产、销售数量严重不足的尖锐的矛盾，而

且还解决了大量无业或待业的返城知青、未上大学的青少年等人员的就业问题，对于维护社会治安、保证社会的安定起到了巨大的作用。为了规范它的行为，中国国务院于1987年8月5日发布了一部行政法规性质的《城乡个体工商户管理暂行条例》，该条例，至今仍是规范城乡个体工商户的基本法规。

个体工商户在中国有着广阔的发展空间。这种经营方式已经成为了中国民间主要的经营方式，已经得到广大民众的广泛的认可。其所具有的从业门槛低、投资成本低，办理注册手续简便，纳税负担相对较轻、经营相对简单等公司和其他投资方式所不具备的特点，十分符合中国的国情和民众的投资心理—用最小的投入，获取最大的收益，这也符合商业的经营原则和理念，已成为中国民众投资兴业的最简便的、最适合的方式。如果将其取消既不利于城乡民间经济的发展，更会造成社会的动荡和不安定。因此，现在要考虑的问题，不应该是取消它，而是如何完善它、发展它，把它纳入国民经济发展的主流中去，使其成为一个更具科学性、发展性，更加成熟的投资和经营方式。笔者认为，欲进一步完善其体制，首先应逐渐取消在条例中所反映出来的过多的行政管理的色彩，而加强行政管理部门的服务性、辅助性的功能，例如，在法律责任中，不必过多地反映出制裁的严酷性和惩罚性，而应该更多地体现疏导、诱导的特色。总之，笔者认为，在未来的《商法通则》中所规定商事主体的类型中，应该有其一席之地，并且弥补因条例的行政法规的性质而对调整个体工商户法律关系所造成的不利的因素。总之，应逐渐从现在存在的以行政法形式调整商事主体和商事行为的模式，而过渡到以民商法的形式对商事主体和商事行为予以规范的模式。

十五、个人独资企业

独资企业，又称为个人企业（Sole Trading Concerns or Individual Proprietorship），是指个人单独出资所经营的的企业。或者说，它是由一个人单独拥有和控制的非法人企业。独资企业具有如下特征：

第一，独资企业是由一人出资组织的企业。独资企业由一人出资组织设立，独资企业成员的单一性构成了它和其他商业组织的重要区别之一。它不同于公司企业和合伙企业，后两者均须二人以上成员组成。同时独资企业也不同于"一人公司"（或者称为"独资公司"）。"一人公司"是公司，具有独立人格，其股东仍然享受有限责任特权，而独资企业则是非法人企业，其业主对企业债务承担无限责任。

第二，独资企业的非法人性质。独资企业不仅具有单一成员性，而且其成员具有自然属性。即是说，这里所说的独资企业仅指由单一自然人出资设立的企业，因而，独资企业属于商个人。在这一点上，独资企业又与具有法人性质的独资企业有所不同（如国有独资公司、国有独资企业、集体独资企业以及具有法人资格的外商独资企业等）有所不同。这类独资企业属于商法人范畴。

第三，独资企业是主种自己所有的企业。独资企业不具有独立的法人人格，即是说，独资企业本身没有独立的法律地位。独资企业的单一性、自然性决定了它只能以其营业主人的人格为其人格，其营业上的一切活动均以独资企业的业主的个人人格或身份来进行，而不是以独资企业本身的人格或身份来进行的。独资企业的无人格性与合伙企业相同，而与公司等法人企业相异。由此决定了独资企业本身没有自己所有的财产，独资企业所使用的财产完全由其业主一人所有和一人控制。但这并不妨碍独资企业设置单独的商业帐簿，这种商业帐簿的用途是使其业主便于了解企业的经营状况和财务状况。

第四，独资企业是一种自己控制的企业。独资企业的业主享有决定企业一切事项的权利。在经营上由业主自己管理业务。当然，在事

务处理上，业主也可能聘任管理人员，但这种经营管理人员的权限来源于业主的委托和授权。

第五，独资企业是一种自己承担责任的企业。独资企业由投资者个人单独拥有和控制，同时，亦由其个人单独承担营业上的一切后果。即是说，不管其营业是否盈利，概由营业主人自己负责。此所谓独资企业业主的自己责任，实际上是由营业主人承担无限责任。

十六、农村承包经营户

农村承包经营户也是中国改革开放的产物。它反映了中国80年代初期以来在中国农村实行的改革开放的政策和措施。其承包的主体是农民；承包的主要对象是土地，即那些属于农村集体所有的土地；其所从事的劳动是对于土地的耕种、林木的栽培、草地的开垦等；其所获取的成果是粮食作物、果品、蔬菜、花木、草皮等等；其所获取收益的途径是出卖这些成果所换来的金钱和实物。因此，这种承包经营方式是目前中国农民主要的经营、生产方式，它属于商业的范畴，理应划入商法的调整范围。

中国《民法通则》第27条规定，农村集体经济组织的成员，在法律允许的范围内，按照承包合同规定从事商品经营的，为农村承包经营户。农村承包经营户的承包经营者则是农村集体经济组织的成员。

农村承包经营户进行生产经营，主要是以商品交换为目的，将所收获的农、林、牧、副、渔等业的产品作为商品投入市场而满足社会的需要，而不是为了满足家庭消费需要。因而，具有商事行为的性质。

农村承包经营户按照与集体经济组织订立的承包合同从事经营活动，并根据这种承包合同享有权利和承担义务。

农村承包经营户的债务，个人经营的，以个人财产承担责任；家庭经营的，以家庭财产承担责任。

为了进一步规范中国农村的承包制度，2002年8月29日中国第九届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议通过了《中华人民共和国农村土地承包法》，就保障农民长期而有保障的土地使用权作了详细的规定，由于其制定的目的在于为稳定和完善以家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制，赋予农民长期而有保障的土地使用权，维护农村土地承包当事人的合法权益，促进农业、农村经济发展，因而其性质仍然属于商法的范畴。其核心内容是维护农村土地承包当事人的合法权益，因而其重点放在发包方和承包方的权利和义务、承包的原则和程序、承包期限和承包合同、土地承包经营权的保护、土地承包经营权的流转等方面。

十七、自由商贩

从法律角度看，对于自由商贩，既不能将他们排斥于商法调整的范围之外，也不能对他们的商事行为不加任何限制与规范，应当在未来的《商法通则》中，用一定的篇幅对其界定、性质、特征、法律地位、权利义务等予以明确的规定。

所谓自由商贩，可以界定为：未经商事登记的不具有商事法人、商事合伙身份的，以游动为其特点的，从事比较简单的商事交易活动，经营日用百货、食品、蔬菜、水果等城乡普通居民的日常基本生活需求的商品，经营形式一般是个人或者家庭为主的商事主体。其法律性质属于商事个人的范畴的商事主体。其法律特征有：

1、未经商事登记，不具有商事法人和商事合伙身份的商事主体。

2、没有固定经营地点，或者经营地点相对不稳定的商事主体。

3、所从事的是比较简单的商事交易活动，一般不需要签订商事合同的商事行为。

4、所经营的商品以小商品和日用生活必需品为主的商事主体。

5、经营形式一般以个人或者家庭为主的商事主体。

其法律地位应属于商法调整的范畴，与其他商事个人一样享有独立的与其经营行为相适应的民事行为能力，并承担与其商事行为相适应的义务，如根据相关法规缴纳一定的管理费用，遵守基本的商业道德和法律规范，维护社会秩序，维护消费者的合法权益，等等；其行为违反相关法律、法规、法令的时候，亦应承担相应的法律责任。

其与个体工商户的主要区别在于：前者未经商事登记，而后者是经商事登记的商事主体；前者一般没有比较固定的经营地点，而后者则有固定的经营地点；前者所从事的是比较简单的商事交易活动，一般不需要签订商事合同的商事行为，而后者在经营中往往需要以签订合同作为其重要的交易手段。二者的相同点是：其经营形式都是以个人或者家庭为主，且均属于商事主体中的商事个人的范畴。

这里有一个十分敏感的问题，即城市中的路边摊贩的法律地位和权利义务。从目前中国的法律规定看，还没有为他们存在的合法地位从法律上予以确定。但是，路边摊贩是城市发展的必然产物，任何城市的富有特色的路边摊贩乃至市集，都是经历了长年的演变而发展起来的，路边摊贩反映了一座城市的历史和生活形态的演变历程。2007年4月10日，曾于2006年8月11日因对执法者不满，为夺回一辆自己借款买来的卖烤肠的三轮车，而故意伤害城市管理人员李志强致其死亡的路边小贩崔英杰，被北京市第一中级人民法院以故意杀人罪判处死刑，缓期两年执行。该事件反映了一个很敏感的问题—城市路边摊贩与城市市容管理者的矛盾，这是一个不能回避的问题，更不能视而不见。从法律层面上说，其所反映的实际上是国家法律对于城市中路边

摊贩所采取的是尊重、容忍、疏导的态度，还是采取禁止、歧视，甚至打击的态度。这两种不同的态度，决定了城市中摊贩是否有存在空间，是否有一定的法律地位，是否会对社会的和谐发展产生影响等问题。

路边摊贩，无论是早点摊，还是修车铺、补鞋匠，乃至琳琅满目的小商品杂货摊，关系到有座城市千家万户的生活，它们的存在既为城市居民的生活提供了便利和实惠，又成为了成千上万的小摊贩借此养家糊口的重要的收入来源。据悉，上海市目前至少有5万个流动摊点，新疆的乌鲁木齐市也至少有3万个。在每一个摊点背后往往维系着一个人甚至一个家庭的生计。但是，这些摊贩的存在基本上不被目前城市的管理法规所容许，他们都在灰色空间生存，为了糊口增加一点收入，与城市管理人员经常要玩起“猫捉老鼠”的闹剧，并且这种场景经常会成为城市街景尴尬的一幕。甚至类似“崔英杰”的恶性事件时有发生。现在，上海已经开始试行《城市设摊导则》，根据该导则的规定，上海市中心部分区域和路段，经市民同意，将允许小摊小贩“有序设摊”、“卫生设摊”，政府对马路摊点改堵为导。同时，乌鲁木齐市也开始对小商贩施行疏导的方法，而屏弃了以往一味堵截的方法，并且认识到了小商小贩对于繁荣城市、方便市民生活所起到的积极作用。

我认为，上海等地对路边摊贩的开禁，折射了执政理念的转变。开禁路边摊贩，实为行大善之举，乃是在构建和谐社会中为民所作的一曲可颂之歌。

在城市管理者眼中，流动摊点长期以来被视为有碍城市形象、交通和市容整洁的“玩疾”，而努力加以彻底取缔，为此，多年来为对其尾追堵截而耗费了大量人力、物力，但效果并不明显，“崔英杰”事件的发生，就是一个典型的例证。在欧美国家城市的大街小巷中，也会经常看到小商小贩和街头卖艺者，他们自由从事小本经营，赚取合法劳动收入。没有人歧视他们，也不会有人追着收缴他们谋生的工具和

货品。他们的存在成了城市的一道风景。小商小贩没有化国家的钱，自我解决就业，为城市生活创造了种种便利。城市除了时尚，也要有实惠，也要充满生机，而小商小贩恰好为城市增添了一道色彩。

市在城先，民为邦本。中国目前的国情是，农民人口占到全国人口的70%以上，而耕地却逐渐地在减少，随着城市化进程的加快，会有越来越多的农民进入城市，而这些初到城市的农民一般都是从从事小商小贩这种小本经营的生意做起，在街头路边摆设摊位又恰恰是这些农民赖以生存的主要手段，如果禁止这些摊贩立足城市，势必会影响他们的生存，甚至关系到中国和谐社会的构建。因此，我认为，应该效仿上海等城市的做法，对于城市街头的小商小贩不应一概禁止、打击，而是应当采取疏导、宽容的做法，不仅要从立法上承认他们的法律地位，而且，还要从管理上允许小摊小贩有序设摊，文明经营，对于经常在相对固定的地点设点摆摊的小商贩，可以考虑收取一定的、相对固定的管理费，但是，其数额不应超过他们一天净收入的5%。至于如何考量其净收入的具体数额，既可以根据他们所卖的货物或提供服务的种类、性质等，定出一个比较固定的数额；也可以以他们每天平均进货的数量来确定。一般来说，一个街头小商贩一天的进货量通过肉眼观察或者接触便可以大概估摸个八九不离十，这在实践上本不是个难事，关键在于管理者的态度和思想水平。

总之，无论如何我始终认为，自由商贩不仅是中国一个独立的商事主体，而且还是中国商法调整的对象之一。

十八、商事辅助人

（一）概说

商事辅助人，又称“营业辅助人”，是辅助商事主体从事经营之人。现代商事活动中，即使在独资企业，单以个人经营已不可能。企

业规模愈大，所需的辅助人（辅助企业主的人）就愈多。

商事辅助人大致分为两类：

一类是“独立型辅助人”，其不参加商事主体的营业组织而辅助其从事营业的人，一般来说，“独立型辅助人”本身就是独立企业，不过就其营业内容性质而言为辅助他人营业的一种活动罢了。例如代理商、居间商、行纪商等。银行、保险公司、信托公司也可算作辅助他人（不特定的多数人）营业的。另一类是“非独立型辅助人”，又名为商业使用人。指参加商事主体的营业组织而辅助其从事营业的人，如经理人、伙友、商事学徒，各国商法对他们均有专门的规定。如《德国商法典》第48条第1款、第52条第3款、第53条等，对经理权的授予、消灭等作了规定。

一般来说，在商事活动中比较常见和主要的商事辅助人有：代理商、居间商、行纪商、承揽运送商和仓库营业商和经理人等。

（二）代理商（代办商）

代理商（代办商）为受其他商事主体之托，在代理权限内，持续经营其企业的人。代理商有以下特点：

1.代理商非商业使用人，其本身有自己的企业、有独立的地位、有自己的营业所，不是所辅助的企业的内部一员。

2.代理商受特定企业的委任，以自己的名义或以委任人的名义（在以自己名义时也是以“××企业代理商”名义）、办理的应是一种持续的、完整的委任事务，与一次性地受委任代办事务不同。不过代理商不一定只受一个特定企业的委任，他可以同时接受多个特定企业的委任而与之建立继续的、固定的代理关系。接受不特定的多个企业的委任，临时性地、偶然性地代理其办理事务，不是代理商。

3.代理商以自己之费用办理委任人所委任的事务。事务的范围由委任合同约定，或代之销售货物、或代理订立合同、或介绍进行交易，没有限制。现在各国最常见的代理商为销售代理商、保险代理商、运送代理商等。

4.代理商与其所代理的企业间的关系是委任合同关系，这种合同属于商事代理合同，没有经理人合同那样的概括性和法定性，而应由当事人自行约定。代理商不当然有诉讼代理权。不过，代理商与经理人同样负有忠实义务、报告义务、同业竞争禁止义务和营业禁止义务；代理商的权利主要为报酬请求权、费用返还请求权、法定的商事留置权。

在中国，规范代理商行为的法律主要包括：《民法通则》、《合同法》等。《民法通则》第63条到70条对于代理的种类、代理的效力、代理的终止等做了规定。

（三）居间商

为免去商业交易中选择对象与信息调查之累赘，乃有专门以提供信息、介绍订约为营业的，是为居间营业（中国古称牙行，俗称经纪人，近代称掮客）。

居间合同为当事人约定，一方（居间人）向他方（委托人）报告订约的机会，或介绍其与第三人订约，而他方给与报酬的合同。以此为业者为居间营业人，简称“居间商”，即是从事这居间活动即为获取佣金而从事契约缔结之促成活动的商人。其行为为居间行为，其所得的报酬通称为佣金（俗称中钱）。居间商因其业务不同，称为证券经纪人、保险经纪人、船舶经纪人等。委托人如约不使居间人将自己的姓名告知对方时，为隐名居间，此时，居间商应以自己的名义代为订约并代为履行，同时对委托人负保密义务。居间商的权利主要是报酬

请求权，是否有请求权取决于订约成功与否。至于定约成功，报酬由一方付给或双方付给，依其约定。

对于居间这样一种重要的商事合同行为，中国《合同法》第23章第24条规定，居间合同是指居间人向委托报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务，委托人支付报酬的活动。其特征有：

1.居间商不以自己的名义也不以他人的名义与他人缔结契约。

2.居间商人的任务是从事缔约中介，对于缔约双方缔约而产生的法律后果，居间人并不承受。

3.居间商是独立的商人，并不依附于缔约的任何一方。居间人以居间为营业，在缔约双方达成协议并达到预期的法律结果后，可以从一方或双方取得相应的中介报酬。

（四）行纪商

行纪商，是指以自己的名义为他人即委托人购买或销售货物、有价证券并以此作为职业的商人。委托人与行纪商间之合同为行纪合同，属于一种委任合同。广义的行纪包括各种内容的行纪行为。狭义的行纪只指以买卖动产或进行其他交易行为为内容（委托商行）。除此之外，属于行纪的有承揽运送（托运行）、广告行、报关行、拍卖行、旅行社等。各国商法均不承认以不动产买卖为内容的行纪。

行纪商的特点是：

1.行纪商必须以自己的名义为委托交易行为，交易行为的后果即在经济上为委托人的利益考虑的所得利益归于委托人。所以在经济上，与代理相同（称为间接代理，是非代理）。

2.行纪商是契约的当事人一方，以自己名义交易，结果与自身也有密切联系。所以在法律上，行纪人非代理人（与代理商不同）。

3.行纪商可以委托人的费用办理行纪业务，它与第三人所订契约也可以直接转让给委托人，并由委托人承担最后的交易结果。

4.是为不特定的多数人服务，而且不与特定的人建立继续的、固定的关系，与代理商不同。

中国对于行纪商的调整主要是《合同法》和《经纪人管理办法》的规定。

（五）商业使用人

1、概念

商业使用人是通过与特定企业主的合同关系（委托或雇佣）从属于特定的企业主，在该企业组织的内部作为其一员服从企业指挥，并有代理企业主的权限而辅助企业主的人，又称为商业雇佣人。其特点有：

（1）因合同关系而从属于特定企业主，接受其命令指挥，不建立在合同关系（委任或雇佣）的基础上的人员，例如公司的董事、执行业务的股东、执行业务的合伙人等不是商业使用人，有合同关系不仅从属于某一特定企业而与不特定多数企业建立关系的，如代理商，不是商业使用人。

（2）对外有营业上的代理权，只在企业内部服劳务而对外没有代理的不是商业使用人，如工厂的技术人员、工人、搬运工、清洁工、其他职员（会计、出纳）等。经授予一定的代理权而不在企业内部服劳务的也不是。

（3）在该企业的内部作为企业的一员而辅助营业。不成为企业内部的一员，只在企业外部辅助营业的不是商业使用人，例如代理商。依代理权的范围，商业使用人分为：有概括的代理权的，即经理人；有部分的代理权的，如某一营业部的主任；只就特定事项有代理权的，如一般营业员（包括所谓”外勤人员”）。

2、经理人

经理人当属于商业使用人的最高一层，有在营业的各方面概括地代理企业主为一切法律行为的权限。有的国家并明定经理人有代企业主签名的权限。商法中关于经理人和经理权的规定是一切似经理职位权的基本依据。

经理人由企业选任或雇佣。在独资企业，比较简单；在合伙企业，选任经理应经全体合伙人同意或依其约定；在公司，应依章程规定由有权机关选任之。经理未经特别授权不得选任经理。公司在清算中或破产后，清算人或破产管理人不能再选任经理。有资格担任经理的人一般无规定，只要是自然人即可。合伙人、公司股东或董事亦可兼任经理。但公司监事不兼任经理。选经理的行为（选任行为）是当然包括代理权之授予行为的委任合同，是不要式行为。

企业主与经理的关系间有合同关系（双方法律行为）与授权关系（单方法律行为），所以当这种关系之一消灭时，经理即解任。代理权消灭的原因包括经理（经理人）死亡、禁治产或破产，企业主撤回授权，经理人辞职。企业主死亡不是代理权消灭的原因，此时经理继续成为企业主的继承人的经理。委任或雇佣关系消灭的原因包括合同关系终止的各种情形。经理以营业存在为前提，故企业停止营业、公司解散均为经理解任的原因。营业转让时，原经理是否留任，依转让合同的约定。经理选任和解任，均应登记。不过登记不是选任和解任的必要条件。

经理人所享有的权限为经理权，为业务管理权和营业上的代理权之结合，规定于商法中。经理人还可以委任合同享有一些其他的权利，如报酬请求权、费用（垫款）请求权等。有数位经理时，企业主可以规定其共同行使经理权。

3、其他使用人

商业使用人中，除经理外尚有对企业的一部分事务有代理权或就特定事物代理权的人。就企业事物的一部分和特定事项有总括的营业代理权的使用人，仅能从事诉讼外的行为。例如销售部主任（销售科科长）可以签订销售合同、交付商品或价金等。此种使用人可由企业主任免，也可由经理任免。对于此种使用人的权限的限制也不能对抗善意第三人。此外，在商店中的一般工作人员，不论其有营业代理权与否，在其商店内与第三人（顾客）的交往中（例如售货员与顾客），视为有代理权。这是为保护善意第三人的特别规定，所以对恶意的第三人不适用。

---

1. 由此定义看出，该条规定对于“公司”的定义并未揭示出公司的本质。
2. 江平主编：《新编公司法教程》，法律出版社1994年版，第25页。
3. 参见中国商业银行网，2007年3月2日浏览。

第七章 商法通则对商事行为的规范

第一节 商事行为概论

一、商事行为的概念及特征

商事行为制度，与前已述及的商事主体制度，在商法中构成了两大基本的商事法律制度。

商事行为，又简称商行为，或称商业行为。它是指依商法所规定的商事主体以营利性营业为目的而从事的行为。其特征主要表现为：

其一，商事行为是商事主体为营业目的而实施的行为。

即是说，该行为主体从事此类活动均含有营利性目的或经济目的，而不问事实上是否营利。在商事活动的法律实践中，常以推定原则来判断具体的活动是否构成商事行为。如对于商人，可依据其作为商事主体的特征，在无反证时，推定其行为是商事行为。如日本《民法典》第503条第2款规定："凡商人从事的营业性行为原则上均应推定其具有营利目的。"对于非商人则要以行为的性质、目的或一般的商业习惯为根据加以推定。如某人未经商事登记，不具有商事主体的资格，对于其出售某类仪器的行为，可以根据行为的外部特征，如是以店铺为场所，持续从事该类销售，以其收入作为生活的基本来源，依此有的国家仍认定其所从事的是商事行为。

其二，商事行为本质上是具有商事行为能力的主体从事的营利性活动。

商法上，一般民事主体要从事严格意义上的商事行为就必须具有特定的商事行为能力。成为商事主体一般要通过登记取得商事行为能

力，或依据对其从事的经营行为性质的客观认定认为其具有商事行为能力，这是在推定具有民事行为能力后对商事行为能力的进一步判断。无论是前者通过商事登记还是后者基于法律直接规定，凡商法赋予了一般民事主体特定的商事行为能力，始能实施商事行为。反之，一般主体不具备商事行为能力而去经商营业，在商法上不予承认，甚至会遭到严厉控制和制裁。中国《公司法》第211条规定，未依法登记为有限责任公司或股份有限公司，而冒用其名义从事商事活动的，责令改正或予以取缔，并可处10万元以下罚款。

商事行为的营利性，乃指其根本目的在于赚取成本与收益间的差价，即利润。商事活动中，利润是最终的追求目标；为了促成这一目标实现，商人投入资金购买（或租用）原材料与劳务，生产产品售出以赚取成本与收益间的差价，或是购入商品再售出以赚取利润。因而，取得—让与—利润的结构是商事活动的基本结构。对营利性的判断，通常指商人购入（原材料、劳务或产品）时具有营利的意图；若是事后才产生营利意图，则不认为具有营利性。判断是否具有营利意图，应根据客观行为事实进行判断而不能从购买人内心盘算进行推定。购买时对于所购买的并出售的物只从它们的交换价值考虑，不考虑它们对个人的使用价值。对于有无营利意图的判断，还要受到社会通念的影响。如医生、律师、艺术家等自由职业者的行为，实际上往往具有营利意图，但根据其业务的特点以及的历史的惯例，一般不视为营利活动。

商业成本，不仅包括厂商在市场上购买或租用所需要的生产要素的实际支出（即所谓"显成本"），还包括厂商本身所拥有的且被用于该企业生产过程的那些生产要素的总价格（即所谓"隐成本"）。相应的，利润就被划分为两部分：经济利润和正常利润。商行为的营利性通常又被称为"为再出售而购买"。对于"为再出售而购买"一词，学者认为应作广义解释。传统的商事活动仅仅指商家的销售活动以及相应的陆地运输、海运和水上运输活动。但现代商事活动已经大大超出了

传统范围。生产企业为了售出产品而进行生产，同样可以被认为是商事活动。在这里，购入不仅针对有形的物品，也可以针对无形的劳务（包括人的劳务和机器的劳务）；出售指有偿让与。主体上，即可以是产家也可以是商家；对象上，不必区分购买或售出是针对所有权还是物的使用收益。《法国商法典》第632条已明示的把出租视同出售。此外，购买与出售二者的先后顺序是无关紧要的，可以是为出售而购买（即投机性买入），也可以是先出售后才购买（即投机性卖出）。有时商家必须等到定货完毕后才进货。但有一点是肯定的，即商家不把购买与出售作为两个不同的合同，而认为是一笔不可分的作业的要素。营业性商行为又称相对商行为，依行为的主观性和行为自身的性质认定，以行为主体为商主体和行为具有营业性为构成要件。典型例子如《日本商法典》第502条规定："作为营业实施下列行为时，其行为为商行为。"该法典第4条第1款对商人的定义为："以自己的名义，以实施商行为为业的人"。《德国商法典》第343条第1款规定："商行为是指属于经营商人营业的一切行为。"营业性商行为要求经营活动重复性、经常性进行，并且是在有计划的基础上持续进行，所以经营者一开始大量的具体业务当作一个整体来看待，而不仅仅着眼于偶然的业务或几个业务。

其三，商事行为是一种持续性营业行为。

商事主体的持续性营业，是指主体在一定时期内连续从事一种性质相同的营利活动，才能认定其具有营业性或职业性特点。如因搬家迁移偶尔为之的出售旧书籍的行为，根本不视为经营活动。商事行为的持续性之法律要求有利于企业的维持、商业的繁荣。当然，在特定场合下，在一些国家某个主体的行为并不具有连续性（如证券交易所里所从事的证券交易行为）仍被视为营业性行为。日本商法典第510条即规定，将在公开市场从事的交易行为如证券交易、票据交易等初步推定为营业性行为。这是因为证券交易等天然的流通性所决定的，某个商事主体的证券交易行为的非连续性对整个证券市场流通性并不发

生影响、障碍。营业性在主观方面可以理解为商人连续性的营利活动；客观方面可以理解为以一定的财产为基础的、为了商人的营利目的而组成的有机体系，包括厂房、店铺等有形资产以及商誉、经营秘密等无形资产。主观方面的营业活动和客观方面的营业组织存在内在联系。营业活动不能脱离营业组织，营业组织则需要营业活动的支撑。特别是企业的无形资产，只能通过长期的营业活动逐渐积累。就企业整体而言，二者可能只是形式上的区别。

其四，商事行为是一种带有风险性的营业行为。

风险性也可以理解为投机性，即为了营利而从事一定商行为，但对于能否获利以及获利多少，则处于未知的、不确定的状态，因而具有一定的风险性。确认商行为的风险性，有助于从学理上解释为什么工薪阶层不属于商人。因为他们的获利是稳定的，每月定时定量获取报酬（工资），不具有风险性。而经纪、代办、居间行为则属于商行为，因为他们能否取得报酬要取决于买卖双方交易是否成功，而所取得的报酬事实上来源于买卖双方商业利润的让渡，而这种利润具有不确定性。

总之，营利性、营业性、风险性是商行为的三个基本特征。但商行为作为商法上的一个法律概念，其界定还要受立法影响。这种立法影响的根源在于历史惯例、社会通念以及立法需要。例如，经营农林业、经营矿业之活动，历史上并未纳入商法调整之范畴，但现代商事立法逐渐改变了这一倾向。又如，律师、医生等自由职业者所从事的经营活动尽管也以营利为目的，但社会通念上并未将其纳入商事活动范畴。再如，所谓附属商行为、拟制商行为和单方商行为，实际上也是出于立法需要而将之纳入商行为范畴，本身并不完全具备商行为特征。

二、商事行为的性质

关于商行为的法律性质，国内学者有两种观点。一种观点认为，商事行为仅仅是指某种“商事法律行为”，是商人为了确立、变更或终止商事法律关系而实施的行为，以行为人的意思表示为必备要件。[注]商行为是民事法律行为的延伸，即商事法律行为，其独特之处在于商行为的营利性和经营属性。可称之为法律行为说。另一种观点认为，商行为既包括法律行为又包括事实行为。商行为本质上不限于法律行为，凡以赢利为目的的商品交换活动以及与商品交换活动有关的活动，甚至一些单纯以赢利为目的的活动都可以成为“商行为”。[注]此种观点可称之为混合行为说。有学者进一步界定事实商行为的范围包括商人的过错行为、危险行为、无因管理行为及不当得利行为。[注]笔者认为，商事行为的性质是法律行为，不包括事实行为。

商法与民法有着不同的历史渊源，民法起源于罗马法，而商法则起源于西欧中世纪的城市法，商人同业行会的章程、条例，商事和海事法院的判决，地区和跨地区的习惯法以及国王、领主乃至教会颁布的单行法。但商法理论与立法仍建立在对成熟的民法学研究方法和立法技术的借鉴之上。商行为是与民事行为相对应的概念，而民事行为就是民事法律行为，是与非表意行为（包括事实行为和侵权行为）相比较的概念。法律行为和事实行为代表两种不同的法律调整方法。法律行为是以意思表示为核心的行为，法律行为依行为人的意思表示的内容而发生效力。因此，有关法律行为的法律规则围绕着意思表示而展开，如法律行为的成立要件只有意思表示一项，而完整的意思表示应有效果意思、目的意思和表示行为三要件组成。法律行为的一般生效要件则包括行为人具有行为能力（行为能力实际上就是指能够进行意思表示的能力）、意思表示真实自愿、行为的内容合法、行为不违反社会公共利益和公共道德。而事实行为不以意思表示为要素，其所产生的法律关系的内容不由行为人的意思来决定，而是来源于法律的明确规定。因此，针对事实行为的法律规则着重规定事实行为的构成要件，包括行为主体的主观心理状态、行为的客观内容、行为所引起

的法律后果、行为与后果之间的因果关系等。同时，无论是不当得利还是无因管理，无论是发现埋藏物还是拾得遗失物，只要符合法律规定的事实行为的构成要件就能产生法律明确规定的法律后果。并且法律对事实行为所产生的法律后果是通过对诸如“必要费用”、“有益费用”、“直接损失”、“间接损失”的界定而明确化和具体化的。不同主体在事实行为领域的权利义务关系仅有量的不同而无质的区别。然而，与法律行为有关的法律规则相比之下则是概括和抽象的，具体的权利义务的内容依赖于特定主体的特定的意思表示。因此事实行为的规则是明确统一和具有公示性的，而法律行为的规则是服务于个性化和非普遍性的法律关系的。因此，前者体现了法定主义的调整方式，后者则是法律行为的调整方式，二者各自拥有自己的适用范围。注

可见，商事行为是与民事行为相对应的概念，都以意思表示为成立要素，依意思表示的内容发生法律效果。并以主体是否具备相应的行为能力、意思表示是否真实自愿、意思表示的内容是否合法作为行为是否具有法律效力的判断标准。但从意思表示的角度分析，商事行为与民事行为仍然具有下列的区别：

1.商事行为的目的意思中包含营利动机。营利性是商行为的本质特征，是商事行为区别于民事行为而具有独立价值的关键所在，也是决定商法规则特殊性的原因所在。而商行为营利性内在于商事主体的意志之中，没有营利目标的追求，任何行为都不是商事行为。

2.意思表示适用不同的法律规则。“意思主义”理论是解释民事法律行为意思表示含义的传统方法。“意思主义”产生的理论基础是德国19世纪的理性法学派，它主张意思表示解释的目的是“探究当事人真意”，因此，在解释方法上要求在表示与意思不一致的情况下，法律行为应以对行为人真意的解释为标准而成立，而不应依其表示内容的字面含义成立。意思主义是民事法律行为意思表示的主要解释原则。而在商事行为领域，自始坚持“表示主义”这样一种客观的解释方法，以

商人表示出来的意图去判断行为的效力，而不去探究行为人在行为时的真实意图。最为典型的便是票据行为的文义性特征，当发生对票据条款的争议时，一般采用外观主义、客观主义和有效主义的原则来进行解释。表示主义是与商行为的营利性相适应的解释方法，是与商业社会高效快捷和安全的价值追求相接轨的。意思表示的自愿真实是民事行为生效的要件，因欺诈、胁迫、重大误解、乘人之危而形成的民事行为，是无效行为或者可撤销行为。然而在商事行为领域却有特殊规则的存在。例如，在公司契约场合，如果股东基于欺诈、胁迫、或重大误解而与他人成立公司，只要已取得公司设立证书，基于企业维持的商法原则，该股东不得以自己意思表示不真实而要求宣告公司无效或要求撤销公司，他们仅可要求公司采取一定的补救措施去校正所存在的违法行为。

3.行为能力的不同内涵。民事法律行为所要求的行为人的行为能力要件实际上是对行为人的意思能力的要求，因而民事行为能力取决于行为人的年龄、智力和精神状况。而商行为的生效同样要求主体具有商事行为能力。但商事行为能力则具有与民事行为能力不同的内涵，是对行为人的资本经营或者财产能力的要求。尤其在现代社会，商人表现为各种类型的企业，企业的权利能力和行为能力来源于登记行为，而商事登记对企业的名称、财产均有一定的要求。也就是说，商事行为能力的基础不是商人（一般为企业）的年龄、智力和精神状况，而是其资本经营或者财产能力。

三、商事行为的范围

商事行为须体现为特定形态的商业活动。而随着人类经济生活方式的不断变革和科学技术的不断进步以及交易方式的不断创新，商业活动的范围也随之不断拓展，人类文化领域的商事行为的含义也随之更新。从早期将商事行为限定于货物买卖行为并视其为特殊的商人阶

层颇受社会歧视的行为，到现代社会以证券、信托、保险为代表的以资本经营为特征广泛存在的现代商事行为，商事行为的触角深入到社会生活的方方面面，因此现代社会可以说是一个“无业不商”的社会，商事行为的内容也在发生深刻的变化，如买卖行为从现货买卖发展到期货买卖，从实物交易发展到以有价证券为形式的权利交易。商法是经验主义的产物，所以特定时代的商法典只能反映特定时代经济生活的现实，因此大陆法系商法典中的商行为范围多有时代的局限性。

大陆法系近代商法，对商行为的范围，或者采用概括的方法，或者采用列举的方法，或者采用概括与列举相结合的方法。《法国商法典》采列举主义，第623条规定：法律上认为买卖之业，为任何出售商品，或制造出售商品，或因租赁而买人商品之事，或制造、保险、水路运输之业，物品的供给、行纪、居间、竞买、观场之业，金银汇兑、银行之业。一切营造船舶和船具及其买卖之业，海上保险，海上贸易等。《瑞士债务法》采概括主义，规定：凡经营商业、工厂、或其他依商人之方法为营业，而为商业登记者，其实施的行为即为商行为。《日本商法典》采列举和概括相结合的方式。第501条、502条规定，对动产、不动产及有价证券的转让，在交易所的交易、出租、为他人进行的加工、制造、供应电气煤气、出版、印刷、保险寄托、居间、代理等行为皆属于商事经营。《美国统一商法典》主要规范了商事交易制度，因此，其更像是大陆法系商事法律中的商事行为法。并且按照交易一般顺序来规定商行为的规则。它所调整的商行为的范围主要包括：（1）货物买卖，但买卖行为在法典中的范围是经过选择较为狭窄同时又具有鲜明的现代性，”货物”是指特定于买卖合同项下可以移动的物品，不包括不动产及知识产权，不包括金钱、投资证券，不包括服务，并且矿藏、天然气、石油等由买方或卖方开采区别对待，买方开采是涉及土地作为不动产的行为，卖方因与不动产分离开采出售则属货物销售，另外，大宗转让、有担保交易因有专门规定，也不属于货物买卖的调整范围。且法典中的买卖既包括现货买卖，也包括期货买卖。（2）商业票据。其规定的票据形式有汇票、支票、存

折、本票。（3）信用证。（4）担保交易。如贷款购货、赊销。实际上它是一部买卖法。

联合国国际贸易法委员会起草的《国际商事仲裁法》中对“商事”一词解释为，商事活动包括但不限于下列交易：任何提供或交换商品或劳务的交易；销售协议；商事代表或代理；保付代理；租赁；咨询；设计；许可；投资；融资；银行业；保险；开采协议或特许权；合营企业或其他形式的工业或商业合作；客货航空、海洋、铁路或公路运输。

中国《企业法人登记管理条例实施细则》第2条、第3条的规定的企业法人从事商事行为的范围，可以看做是中国对于商事行为范围的规定，其包括：农林牧渔、水利及其服务业、工业、地质勘察和勘探业、建筑业、交通运输业、商业、饮食业、物资供销业、仓储业、房地产经营业、居间服务业、咨询服务业、金融保险业等。归纳起来，中国目前商法所规定的商事行为的范围主要涉及如下行业：制造业、加工业、建筑业、运输业、水电煤气业、买卖业、出租业、仓库业、承揽业、打捞业、出版业、印刷业、广告业、传媒业、娱乐业、饮食业、行纪业、居间业、代办业、典当业、服务业、担保业、银行业、证券业、期货业、信托业、投资基金业、保险业、国际贸易、海上贸易以及农业、林业、牧业、渔业、矿业等。[注]

四、商事行为的内容

一般来说，具体的商事行为的种类决定了商事行为法的体系，在中国，具体的商事行为可以包括以下几种：

1.商事合同。其中最为核心的是买卖商行为。买卖商行为是最基本的商行为，它是以民事买卖的基本规则为依托，体现资本经营本质的买卖行为。大陆法系商法典中大多没有完整的规范商事买卖，对买

卖的一般规则都规定在民法典中，只对商事买卖中的特殊规则才在商法典中予以规定。而英美法系则将商事合同主要规定正在买卖立法中，如英国1893年的《货物买卖法》，1979年又制定了新的货物买卖法。《美国统一商法典》中第二篇就是买卖法。商事买卖与民事买卖相比，其交易主体多为商人，或者至少一方为商人，因此买卖的职业性较强；商事买卖规则强调效率甚于公平；商事违约责任以严格责任为特征。其他的商事合同还包括租赁合同、融资租赁合同、运输合同、居间合同、行纪合同、仓储合同等。

2.证券交易。广义的证券交易既包括证券发行行为又包括证券交易行为。证券发行是指为了筹集资金，符合发行条件的证券发行人，依照法律规定的程序和条件，向投资人发行有价证券的行为。证券交易是指证券持有人依照特定的方式买卖已经发行的有价证券的行为。可见证券的交易依赖证券的发行，两类行为之间具有非常密切的联系，因此，中国《证券法》既调整证券发行行为也调整证券交易行为。证券交易的标的主要包括公司股票、公司债券。各国对证券交易都有单独的法律法规予以调整，或称为证券法，或称为证券交易法等。

3.期货买卖。期货是非现实存在并已特定化的货物，期货交易是指对未来某一特定的时间和地点交割一定数量和质量的期货商品的买卖。期货交易是与现货交易相对应，并在现货交易基础上发展起来的交易形式。

4.商事信托。信托是英美衡平法的产物。信托的基本构造是：信托关系一般涉及三方当事人—委托人、受托人、受益人。信托关系由委托人通过提供信托财产设立或因法院推定成立，由受托人为了受益人的利益而管理信托财产与处理信托事务，由受益人获得信托利益即在信托执行过程中产生的收益。中国颁布有《信托法》。

5.商业票据。票据是由出票人签发的，委托付款人或者出票人自己向收款人或持票人支付一定金额，并可以依法流通转让的有价证券。不同国家的票据立法对票据范围并无统一的认识。英国、美国、瑞士等国立法采取“包括主义”立场，汇票、本票、支票均属于票据，它们并无本质区别，而德国、法国等国立法采取”分立主义”宗旨，汇票和本票被纳入《票据法》，而支票则被规定在独立的《支票法》中。中国立法及理论均认为票据包括汇票、本票、支票。相比于股票和债券，票据是完全有价证券，票据权利的取得、行使和转让都必须与票据形式相结合，这意味着任何持有票据者（无论是通过背书转让还是其他方式转让取得票据的人）即能享有从开票人处获得支付的无条件的权利，即使后者对原持票人作出了一种有效的抗辩。（如抗辩其欺诈）。票据制度是与发达的商品经济相适应的，是建立在发达的商事信用体系之上并维护该体系的有效运转。票据法律制度具有高度的技术性，如票据的要式性、文义性、票据行为的独立性与无因性以及持票人的追索权、票据抗辩的限制等，以及票据多次转让不仅不会影响持票人票据权利的实现，反而流转环节越多，票据上的保证越强。可见与追求公平的民法不同，票据法律制度典型地体现了以交易安全和效率为价值追求的商法理念。

6.商业银行业务。商业银行是专门经营存款、贷款、汇兑等货币信用业务，充当信用中介和支付中介的金融机构。商业银行业务依其法律属性，可以归纳为三大类：一是具有债的性质的法律关系；二是具有投资性质的法律关系；三是具有代理性质的法律关系。债的性质的法律关系包括存款关系、贷款关系。其本质是合同行为。投资法律关系是指基于商业银行的投资行为所发生的法律关系。包括债券投资关系、股权投资关系、信托投资关系等。代理关系则是指基于商业银行从事结算等中介业务所发生的法律关系。商业银行业务的开展具有鲜明的营利性，如储户存款是为了赚取利息，银行放贷也是为了获取利益，因此，银行业务一般被列为商事行为。

7.商业保险。广义的保险既包括商业保险也包括社会保险。社会保险本质上是一种体现政府保障职能的非营利性的社会保障制度，是国家通过立法形式对社会成员因老弱病残等原因而丧失劳动能力或失业待业时提供物质帮助的一种形式，具有公益性和强制性的特点，所以不属于商行为的范畴。商业保险则是典型的商行为。商业保险的双方当事人，无论是保险人还是投保人，均是从成本收益的角度考虑是否建立保险关系，投保人之所以投保是因为投保费用要低于将来可能遭受到的损失，保险人之所以愿意承保是因为可以从中获利。保险公司或其他经营保险的组织以营利为目的而经营保险业务，其运作完全是商业化的手段。商业保险关系的建立和运行依赖保险当事人之间的保险契约行为，而由于保险行业的高度专业性以及保险运营的基本原理之一便是某类损失发生的普遍性及通过集合多数可能遭受此类损失的经济单位共同筹集资金建立集中的保险基金来弥补少数人的损失。其最为重要的特征有两点：第一，保险契约是标准化契约，契约条款由保险公司制定，这既是基于技术性和专业性的要求，又是出于大规模商业化运作的考量。第二，保险契约是射幸合同，完全不同于以平等互利等价有偿为原则的民事合同，当事人权利义务的产生取决于不确定风险的发生，且就特定保险合同而言，双方当事人的权利义务并非等价。

8.商事代理。现代商行为的复杂性和专业性使得代理制度在商业生活中大显身手，商事代理有利于降低商人之间的交易成本，降低交易风险。在商业实践中，商事代理制度越来越独立，形式越来越丰富，尤其是商事代理在国际贸易中有着举足轻重的作用，以致国际上针对商事代理进行专门的立法。如1961年的《国际私法关系中的代理法统一公约》、1961年的《国际货物买卖代理合同统一法公约》、1983年的《国际货物销售代理公约》。尤其是后者对于调和大陆法系和英美法系的代理理论进行了尝试。中国关于商事代理的规范主要集中在《民法通则》和《合同法》中。就商事代理的形态而言，其可以分为两大类，一类是职务代理行为，包括法人之经理人的行为、商事

主体之代办人的职务代理行为，职务是法定的代理，其代理权限依法定而非约定。第二类是代理商，其类型繁多，如独立代理人、佣金代理人、经纪人等。

9.海商。海商是关于海上贸易的商业行为，是通过船舶实施的海商行为。海商法的历史与海上贸易同样漫长，甚至可以说，民商分立的历史可以追溯到中世纪海商法的自成体系。11世纪晚期和12世纪是近代西方商法形成的时期。因为贸易的发达和商人阶层的兴起激发了对商事法律供给的需求。相比于陆上贸易，西欧中世纪的海上贸易更为繁荣，其海商法律表现为商事习惯法，如“罗地法”、“奥列隆法”、“康索拉度法”、“维斯比法”等都是以航海习惯为基础而编撰和汇集的法律。近代海商立法开端于法国1681年的《海事条例》。由于海商法完全起源于海上贸易习惯，与民事法律原则和制度的联系很少，很多海商法律制度在民事法律中根本找不着对应物。例如船舶的拟人化处理。在海商法上船舶具有权利主体的某些特征。船舶有自己的名称、住所（船籍港）、国籍，甚至某些情况下能以自己的名义享受权利、承担义务。又如特殊的提单制度。提单是海商法中的一种独特的单证，具有独特的转让规则，而且与一般民法中将物权与债权进行清晰的划分不同，提单权利具有物权和债权双重性质，而且用传统民法物权、债权理论来解释都颇为牵强。海商法以海上运输关系以及与海上运输关系有密切联系的船舶关系作为调整对象。海上运输关系包括海上货物运输关系和海上旅客运输关系；海上船舶关系包括合同关系，如船舶租赁合同关系、船舶抵押合同关系马海上保险合同关系、海难救助合同关系；还包括侵权关系，如船舶碰撞而发生的损害赔偿关系以及因海上特殊风险而产生的共同海损、责任限制等关系。海商法的另一个突出特点就是具有国际性。

10、商业特许经营。特许经营，译自英语的“franchising”或“franchise”。美国韦伯斯特词典将“franchise”解释为：①由政府、州或君主授予给个人或组织的特权或权力。②制造商授予

给经销商或零售商销售其产品的权利。“franchise”来源于古法语“franc”，意思是“无偿、免除”。所谓商业特许经营，是指在社会经济领域，在平等的民事主体之间，一方将使用其商标、经营模式等提供产品或服务的权利授予给另一方行使的经营模式。在实践中，商业特许经营则常简称为特许经营。特许经营的基本构成要素应该包括以下三点。（1）受许人在特许人控制的特许经营系统或规定的推广计划下开展经营活动。本项要素是特许经营的内在实质性内容，它体现了特许经营系统作为一个整体的规范性和制度性。该项要素决定了特许经营系统是一个高度组织化、紧密互动性的系统，特许人对受许人的监督和控制，受许人对各项制度的遵守和执行全部由此而来。特许双方紧密合作、互相依赖，长期共存，因而与一般商业模式所具有的松散型、即时型特点有较大差别。此项要素使之区别于品牌许可等经营模式，它们并不要求经销商使用统一的经营系统，双方的合同关系只限于品牌管理上的合作。（2）受许人的经营活动在特许人提供的统一的标志或商标下进行。本项要素是特许经营的外在形式性表现，它体现了特许经营系统的一致性和统一性。该要素使整个体系成员具有相同的外观，有利于建立统一的形象和声誉，是特许经营作为高度组织化系统的外在表现。此项要素使特许经营有别于经销等经营模式。（3）向特许人支付或承诺支付一定的费用，包括以货物销售价款形式支付的费用。本项要素是特许经营的经济本质，是构成特许经营的最根本要素。该要素中的费用是指受许人为加入体系向特许人支付的“额外”费用，它可以表现为一般性的收费，也可以表现为收取的货物价款。必须注意，所谓的货物价款，必须是超过货物正常批发价格的价款，即所谓的产品加价或标高价格。如果特许人不收取其他费用，且只按照正常的货物批发价格向受许人销售产品，则特许人与受许人之间就成了一种单纯的商品销售关系，特许经营就和经销等经营模式没有区别了。总之，受许人为使用特许经营系统、标志、取得分销权必须支付一定的对价，特许人不单纯是从向受许人销售的产品或设备中赚取经销差价。上述三个要素的完整组合构成了特许经营，三者缺一

不可。第一个要素是特许经营的内因，第二个要素是特许经营的外因，第三个要素是特许经营的点睛之笔。少了第一个要素，特许经营就成为了单纯的品牌许可，有其形而无其实；少了第二个要素，特许经营将难以发挥体系的作用，有其实而元其形；少了第三个要素，特许经营即使有形有实，也难以发挥真正的作用。当然，这三个要素是紧密相连的，内因与外因相辅相成，并为第三个要素打下了基础，三者紧密结合方构成了特许经营这一独具特色的商业模式。归纳起来，特许经营具有如下重要特征：

（1）在性质上，特许经营是一种经营模式。特许经营不是一种行业，而只是从事某种行业的一种方法。也就是说，特许经营不涉及经营的实质性内容，而只涉及从事该经营的商业形式和结构。作为一种经营模式，特许经营与直营、代理、经销等经营模式是同一类概念。

（2）在主体上，特许经营发生在两个独立主体之间。特许经营是发生在两个独立主体之间的商业关系，也就是说特许人和受许人之间没有所有权上的隶属关系，双方没有合资、合作等资产纽带，这是特许经营和直营连锁的关键区别。随着特许经营的发展，某些特许人将特许权授予给自己的合资公司，合资公司成为受许人的情况也时有发生，这种情况是投资与特许经营的结合体，并未改变特许经营自身的性质。

（3）在时间上，特许经营是一种长期的、持续性的合作关系。特许经营的期限少则几年，长则十年，甚至可达二十年，这和一般的合同显然有很大区别。一般的各类合同多是即时性合同，履行完毕即告终结；或为短期合同，一般不会超过一两年，比如各类买卖合同、租赁合同等。因此，国外通常把特许经营称作商业联姻。

（4）在内容上，特许经营主要包括权利的授予与经营上的支持。这一点其实也是特许经营的一项本质特征。特许经营与其他经营模式最根本的不同不在于销售某种具体的产品、提供某种有特色的服务，

而在于由一系列权利组成的特许权的授予，这些权利主要包含各类知识产权，如商标权、商业秘密，甚至是商业模式，也可能包括某种产品或服务的分销权等。同时，特许人还必须对受许人提供持续不断的各种支持。必须要说明的是，因特许经营具体类别及特许经营体系的不同，特许权的内容组合也各不相同，如商品商标型特许经营一般只有商标授权和产品分销权的授权，而经营模式型特许经营则还包括经营模式、专有技术等的授权。

此外，特许经营还伴有两种附属特征：契约关系和支付费用。所谓附属特征，是因为这两个特征并不是特许经营与其他经营模式的根本区别。因为任何一种商业关系其实都要归结为法律上的契约关系，都要受到相关法律关系的调整；此外，任何一种商业关系都是一种经济上的联系，都以经济利益为核心，因此少不了费用的支付。特许经营在中国还是一个较为新兴的商事行为，目前有相关的行政法规加以规范，在未来的《商法通则》中也应将其纳入商事行为的规范之中。

11、招标投标。所谓招标投标，是指采购人事先提出货物、工程或服务采购的条件和要求，邀请众多投标人参加投标并按照规定程序从中选择交易对象的一种市场交易行为。㊟从采购交易过程来看，它必然包括招标和投标两个最基本的环节。没有招标，就不会有供应商或承包商的投标；没有投标，采购人的招标就没有得到响应，也就没有开标、评标、定标和合同的签订及履行等。因此，招标与投标是一对相互对应的概念，其内涵与外延是一致的。在实践中，招标概念又有广义与狭义之分。当人们笼统地提到招标时，通常指的是广义的招标，即是指由招标人发出招标公告或通知，邀请潜在的投标人进行投标，最后由招标人通过对各投标人所提出的价格、质量、交货期限和该投标人的技术水平、财务状况等因素进行综合比较，确定其中最佳的投标人为中标人，并与之签订合同的过程。狭义的招标是指招标人根据自己的需要，提出一定的标准或条件，向潜在投标人发出投标邀请的行为。当招标与投标一起使用时，则指狭义的招标。与该狭义的

招标相对应，狭义的投标是指投标人接到招标通知后，根据招标通知和招标文件的要求编制投标文件，并将其送给招标人的行为。可见，从狭义上讲，招标与投标上是一个过程的两个方面，分别代表了采购方和供应方的交易行为。

12、拍卖。拍卖，是指以公开竞价的形式，将特定物品或财产权利转让给最高应价者的买卖方式。拍卖是一种特殊商事行为，它与一般买卖相比，具有以下特征：（1）拍卖至少涉及三方当事人。在拍卖过程中，至少需要有委托拍卖人、拍卖人和竞买人三方当事人参加。同时，竞买人的人数一般为多数。（2）拍卖具有公开性。公开性是拍卖的显著特征。在整个拍卖过程中，处处体现拍卖的公开性特征。在拍卖前，拍卖人应当将拍卖物的种类、拍卖场所、拍卖日期和其他必要事项公开告知公众。告知的方式一般是刊登广告，如通过报纸、杂志、电台、电视台或公告的方式，或将拍卖物公开陈列，以起到公告周知的作用。拍卖在规定的时间和地点举行，通常邀请公证部门参加，整个要约和承诺的过程都是公开的。（3）拍卖具有竞争性。拍卖的性质决定竞买人必须为多数人，每个竞买人在拍卖过程中以竟相抬高标的物价格的方式出价购买，该竞相出价购买的方式充分体现了拍卖的竞争性，竞争的结果将使出价最高的竞买人成为买受人。（4）拍卖是订立合同的一种特殊方式。拍卖人通过公告的方式向不特定的多数人发出以订立合同为目的的意思表示。竞买人在拍卖过程中提出的条件为要约，拍卖人同意竞买人的条件而拍定，拍定具有承诺的效力。他表示当事人双方的意思表示一致，订立合同的程序完结，合同成立。在拍卖过程中，一经拍定，合同即对双方产生法律约束力，任何一方都不得毁约，否则必须承担相应的违约责任。注此外，拍卖只能是现货买卖。

13、广告。广告，是指商品经营者或者服务提供者承担费用，通过一定媒介和形式直接或者间接地介绍自己所推销的商品或者所提供的服务的商业广告。广告是当代社会常见的商事行为，根据载体可以

分为：电视广告、报纸广告、杂志广告、广播电台广告、橱窗广告、网络广告等等。根据位置可以分为户内广告和户外广告。在广告业务中，需要明确几个相关人员的称谓：（1）广告主，是指为推销商品或者提供服务，自行或者委托他人设计、制作、发布广告的法人、其他经济组织或者个人。（2）广告经营者，是指受委托提供广告设计、制作、代理服务的法人、其他经济组织或者个人。（3）广告发布者，是指为广告主或者广告主委托的广告经营者发布广告的法人或者其他经济组织。广告主、广告经营者、广告发布者之间在广告活动中应当依法订立书面合同，明确各方的权利和义务。广告主自行或者委托他人设计、制作、发布广告，所推销的商品或者所提供的服务应当符合广告主的经营范围。广告主委托设计、制作、发布广告，应当委托具有合法经营资格的广告经营者、广告发布者。中国目前规范广告行为的主要是《广告法》。在未来的《商法通则》中也应该在商事行为编中规定广告行为的基本原则和规则。

---

1. 徐学鹿：《商法概论》，第132—137页，转引自董安生等编著：《中国商法总论》，吉林人民出版社1994年版，第126页。
2. 王利明、梁慧星：《经济法的理论问题》，第111页，转引自董安生等编著：《中国商法总论》，吉林人民出版社1994年版，第126页。
3. 张民安、龚赛红：《商法总则》，中山大学出版社2004年版，第210页。
4. 任尔昕、石旭雯：《商法理论探索与制度创新》，法律出版社2005年8月第1版，第122页。
5. 施天涛：《商法学》，法律出版社2003年版，第96页。
6. 孙琬钟主编：《中华人民共和国招标投标法释义与适用指南》，中国人民公安大学出版社1999年版，第25页。
7. 参见来奇主编：《买卖合同》，中国民主法制出版社2003年版，第189页。

第二节 中国商事行为立法模式的构建

一、世界各国关于商事行为的立法例

（一）世界各国三种类型的立法体例

商事行为，一般被认为是大陆法民商法系中特有的概念，其实英美法系中亦对其作了法律概括。由于各国立法理念的不同，导致出现不同的规范模式。大体可分为概括主义、列举主义、概括列举相结合的三种立法体例。

1.概括主义。采概括主义的国家对商事行为概念径直作出简洁的立法界定，也即是作出归纳性的抽象定义。如《瑞士债务法》规定，凡经营商业、工厂或其他依商人之方法为营业，而为商业登记者所实施的行为即为商事行为。《意大利民法典》中规定，商事行为是由商事主体从事的任何以产品生产、加工、流通、管理和妥善保管为目的或以提供服务为目的的经济活动。

2.列举主义。采列举主义的国家对商事行为的概念未作出归纳性的抽象定义，而是依法列举出若干种类的商事行为，让具体行为来确定商事行为的概念。如《法国商法典》中没有明确规定商事行为的涵义，而是将其列举为三类：一是纯粹商行为；二是商人基于营利目的而从事的行为；三是商人从事的辅助性营业行为。《西班牙商法典》也没有明确规定商行为的定义，而是把商行为列举为三类：一是证券交易、票据、保险、运输、代理、居间等基本商行为；二是与基本商行为类似的其他交易行为；三是公司的营业行为。

3.概括主义与列举主义相结合。采此种立法主义的国家既对商事行为作出归纳性定义，又列举出若干种类的商事行为。如《德国商法典》不仅将商事行为界定为商人从事商事经营的全部行为，而且列举了大量商事行为，大致分为四类：一是买卖行为；二是间接媒介货物交易的行为；三是与货物交易有密切联系的行为；四是其他营利行为。《日本商法典》也是采用这种立法例，它将商事行为定义为一系列交易性活动的总称，又列举了四大类型：一是绝对商行为；二是营业商行为；三是附属商行为；四是准商行为。

总之，上述三种关于商事行为的立法例，反映了不同国家商事立法中对商事行为加以概括、界定的各自特点。概括主义从"商人"概念导出商事行为，又多被称为"主观主义原则"，其高度抽象但又不够具体、不易操作。列举主义侧重于商事行为的样态枚举，将概念具体化，又称为"客观主义原则"，但失之难以穷尽所有商事行为。概括主义与列举主义相结合，这种立法例又称折衷主义原则，既有抽象概括，又有行为具体界定，能够形成严谨的逻辑关系，避免了单纯使用概括或列举主义的不足，不失为一种较科学的界定体例，为现代商法所采用。

（二）各国商事行为的立法例评述

1、英美法国家商事行为立法例概述

从英美法看，如美国《统一商法典》中虽无专门条款确定商事行为的范围，但在总则中以"从事某类货物交易业务"界定"商人"时，实际概括出了最典型的商事行为即是从事某类货物交易业务的活动，该货物交易业务是指现实存在并已特定化了的资物的交易；此外，商法典对大宗转让及担保交易、票据、证券等无形财物的资本交易等现代商事行为亦作了规定。因此，美国《统一商法典》可以被称为是典型的调整商事行为的法，其立法例为德国式的概括加列举主义。

2、大陆法系国家商事行为立法例概述

《法国商法典》、《德国商法典》、《日本商法典》是大陆法系国家最重要的三部商法典。《法国商法典》作为世界上第一部资本主义商法典，虽然具有开创性意义，但因其颁布时间较长，绝大多数条文已被废除或修改，继续有效的仅有140条；但很多条款因其太具原则性，已远不能适应实践的需要；大量商事单行法规都未编入商法典，使得1807年的《法国商法典》已显得支离破碎，以至有学者认为其已经不是一部完整的商法典。而1897年《德国商法典》和1898年《日本商法典》则代表了近代商事立法的趋势。100多年来，德、日商法典几经修改日臻完善，对中国商事立法具有重要的借鉴意义。

德、日商法典是大陆法系国家中具有代表性的、规定较为完善的商法典，其中对于商行为都设有独立篇章加以规定。同时《日本商法典》对《德国商法典》既有继受又有创新。因而，将这两部商法典中关于商行为的规定加以归纳、比较，总结其相同点与不同点，对于中国将来的商行为立法具有重要借鉴意义。

《德国商法典》在第四编对商行为作出统一规定。其中第一章为商行为一般规定，内容涉及商行为的分类、有关商人的商行为通则、商行为一般通则、有关有价证券的特例；第二章至第六章分别对特殊商行为作出规定。此外，商法典第二编和第五编分别为有关公司与隐名合伙商行为和海商行为的规定。

《日本商法典》在第三编对商行为作出统一规定。其中第一章总则涉及商行为的分类、有关商人的商行为通则、商行为一般通则、有关有价证券的特例；第二章至第十章分别对特殊商行为作出规定。商法典第二编和第四编分别为有关公司商行为和海商行为的规定。

二、中国商事行为立法模式之构建

中国的民商事立法向来没有将商事行为与民事行为明确区分开来。但这决不意味着立法完全忽视了商事活动的特殊性。中国目前已出台了包括《公司法》、《证券法》、《票据法》、《保险法》、《海商法》、《合伙企业法》、《商业银行法》等在内的多部商事法律；在《民法通则》和《合同法》、《担保法》等法律中也有针对商行为的特殊规定。因而，将现行法律中对商行为的特殊规定加以整理，并借鉴德、日商法典的规定补充和完善，对今后的《商法通则》的制定都将具有重要意义。

结合中国的具体情况，未来的“商法通则”中的商事行为法编可以包括以下内容：

（一）总则部分

1.商事行为的分类

（1）绝对商事行为与相对商事行为。直接涉及的问题是：应采取商人中心主义还是商事行为中心主义？笔者以为，商事行为中心主义过于绝对化。将商事行为与商人的营利营业行为割裂开来，显然忽视了商事行为的营业性。单纯的商人中心主义又显得不够全面。最好的办法莫过于折中。即以商人中心主义为主，将商行为界定为商事主体专以营业性经营为目的而从事的行为；同时界定部分绝对商事行为，任何主体基于任何目的从事绝对商事行为均受商法调整，如票据行为、证券交易行为、融资租赁行为、海商行为、投机性买卖等。

（2）基本商事行为与附属商事行为。对于区分标准，应视行为能否直接达到行为目的为限。中国在制定商事行为法时可以考虑对附属商行为进行列举，以避免界限模糊问题。商人大致分为买卖商（包括租赁营业者）、生产商、服务商、运输商、金融商、中间商、辅助商。其中任何一种商人为其营业而与其他商人发生的交易活动即可视为附属商行为。例如，对于买卖商而言，托运、寄存、贷款、雇佣代

理人等行为即为附属商行为；而对于生产商而言，借款、购买劳务和原材料、承租厂房、托运等行为则为附属商事行为。

（3）固有商事行为与推定商事行为。推定商事行为又称准商事行为，是指通过事实推定或法律推定以确认其行为性质或法律适用的行为。有学者指出，推定商事行为包括商人通过非商人所为的行为（如咨询服务、信息服务、间接代理等）、商人在其营业范围之外从事的与营业密切相关的行为、法律列举范围以外的营利性营业行为等。注

如果将商人在营业范围之外从事的与营业密切相关的行为界定为推定商事行为，则可能造成推定商事行为与附属商事行为概念混淆，因为附属商事行为实际上都是营业范围之外的行为。例如对于一个买卖商而言，托运、寄存行为明显不属于其营业范围。而对于法律列举范围以外的营利营业行为，若行为主体为商人，则当然属于固有商事行为；若行为主体为非商人，则属于“拟制商主体实施的经营性商行为”，注因此，应将推定商事行为定义为非商人所实施的经营性行为。

（4）单方商行为与双方商行为。对于单方商行为，大陆法系国家商法通常规定，只要行为人中有一方为商人，其交易双方都应该适用商法。德、日商法典中均有此规定。日本商法典第三条第二款还规定，当事人一方为数人的，其中一人为商行为的，全体当事人均适用商法。考虑到法律行为中双方当事人权利义务的对应性和适用法律统一的要求，这种规定是合理的。中国的商事行为立法应考虑吸收该制度。

2.有关商人的商事行为通则

（1）注意义务。商法上的注意义务指商人从事商行为时应尽到普通商人在类似情形下所应尽之谨慎，不致相对方或委托人、雇主的正当利益受损。我国现行法律中对商人注意义务规定极少，所见仅有对

公司董事经理注意义务的规定。例如，与公司法相配套的部门规章中仅有1993年由国务院体改委颁布的《股份有限公司规范意见》第62条规定："董事和经理对公司负有诚信和勤勉义务。"此外，中国证监会于1997年颁布的《上市公司章程指引》第81条规定董事应谨慎认真行使公司所赋予权力；《到境外上市公司章程必备条款》第115条规定："董事有责任在其行使权力或者履行义务时，以一个合理谨慎之人在相似情形下所应表现的谨慎、勤勉和技能为其所应为的行为。"应将商人的注意义务作为一般性原则规定于商行为法总则之中。

（2）忠实义务。该义务要求商主体不得恶意损害他人利益。相对于注意义务而言，忠实义务属于对商主体故意损害他人利益行为的规制。忠实义务以诚信原则为理论基础，对于维护商业活动健康有序进行具有重要意义，因而有必要在商行为法总则中加以规定。中国现行法律中对商人忠实义务亦有所涉及，如《证券法》对证券发行人、证券公司虚假陈述赔偿责任的规定（第63条）、禁止内幕交易（第70条）、禁止证券欺诈（第73条）的规定；《合同法》对缔约人保密义务的规定（第43条）；《保险法》对保险人、再保险人保密义务规定（第31条）；《公司法》对董事、经理忠实义务的规定（第59条）。中国证监会2002年颁布的《上市公司治理规则》第33条："董事应根据公司和全体股东的最大利益，忠实、诚信、勤勉的履行职责。"此外，《反不正当竞争法》、《消费者权益保护法》、《产品质量法》等法律都有涉及商人忠实义务的规定。

（3）拒绝承诺的通知义务。中国现行《合同法》和相关司法解释并无关于要约人拒绝承诺通知义务的规定。合同之成立以受要约人以明示或积极默示的方式作出承诺为条件，沉默并不能构成承诺。但基于商事合同订立之快速高效考虑，应增加商事要约的受要约人承诺与否的通知义务，对于拒绝要约但迟延通知或拒绝通知要约人的，视为承诺。但该要约仅限于作为受要约人的商人的营业范围内的事务，排

除单纯的销售要约。要约人必须是有通常交易关系的人，否则很难要求商人在不了解对方情况的情形下迅速作出判断。

（4）送样的保管义务。我国现行合同法及相关司法解释并无关于受要约人的送样保管义务的规定。制定商行为法应增加该义务，体现诚信原则。合同类型包括一切商事合同，如买卖合同、承揽加工合同、运输合同等；无论要约人是否是通常交易关系之人；无论受要约人最终是否作出承诺。但以保管物价额不小于保管费用（出于保护保管人留置求偿权考虑），且承担该义务不会对保管人造成不利为前提。

（5）商事担保物权。包括商事留置权、商人间的留置权、求偿权以及与此相关的先诉抗辩权问题。我国担保法和合同法共规定了五种法定留置权：保管人的留置权（《担保法》第84条；《合同法》第380条），加工承揽人的留置权（《担保法》第84条；《合同法》第264条）、承运人的留置权（《担保法》第84条；《合同法》第315条、《海商法》第87条、《海事诉讼特别程序法》第44条）、仓储人的留置权（《合同法》第395条）、行纪人的留置权（《合同法》第422条）。要求留置权须是与到期债权有牵连关系，且可以适用善意取得（《担保法解释》第108条）。上述五种留置权再加上运输代理营业人的留置权便可构成完整的商事留置权规定于商行为各分则中。

至于商人间的留置权，根据《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》（以下简称《民通意见》）第117条规定，债权人因合同关系占有债务人财物的，如果债务人到期不履行义务，债权人可以将相应的财物留置。该留置权应作为普遍性权利规定于总则之中。只要基于商事行为而占有债务人财产，无论该财产与债务人间是否存在牵连关系，都可成为留置标的。在特殊情况下，即债务人已停止支付或开始破产，或尝试强制执行债务人财产无效果的，应允许未到期债权人享有特别留置权。在求偿方面，依现行

《担保法》第87条第1款及《担保法解释》第113条第2款规定，债务人在两个月内仍未清偿债务的，留置权人方可通过折价、拍卖、变卖的方式受偿。在商行为法中，应适当减少两个月的宽限期，以提高效率。另据《担保法》第85条规定，如果债权人占有的动产为可分物，债权人留置占有的留置物的价值应当相当于债务的金额，而非占有物的全部。为了公平保护留置权人和债务人利益，商行为法应吸收上述规则。

至于先诉抗辩权，《担保法》第17条第2款规定："一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，对债权人可以拒绝承担保证责任。"大陆法系国家商法通常规定商事保证人不享有先诉抗辩权，与主债务人承担连带责任。为确保商事活动中债权人利益，我国商行为法也应吸收此规则。只要该保证行为为商行为或主债务是因商行为而引起，保证人均丧失先诉抗辩权。

（6）报酬请求权。是商行为有偿原则的重要体现，也是商事行为区别于民事行为的重要特征。在德、日商法典中，享有报酬请求权的是在其营业范围内为他人处理事务或提供劳务（包括委任、寄存、垫付、消费借贷等行为）的商人；而在民法上，为他人处理事务或提供劳务的人并不享有法定报酬请求权。在我国，根据《民通意见》第132条规定，无因管理人或服务人可以要求受益人偿付的必要费用包括在管理或服务活动中直接支出的费用，以及在该活动中受到的实际损失。但并未提及报酬请求权。理论上通常认为无因管理人不享有报酬请求权。另据《合同法》规定，对于自然人之间的借贷合同（第211条）、保管合同（第366条第2款）、仓储合同（第395条），在当事人无约定或约定不明之时，推定为无偿合同；而对于委托合同（第398条、第405条）、行纪合同（第422条）、居间合同（第426条、第427条），则为法定有偿合同。在制定商行为法时，凡是在营业范围内为

他人处理事务或提供劳务的，无论是借贷、保管、行纪、居间，还是垫付、无因管理，均应赋予管理人或服务者法定的报酬请求权。

3.商事行为一般通则

（1）商事合同。根据中国《合同法》和《保险法》、《担保法》、《信托法》等法律规定，典型的商事合同包括买卖合同、借款合同（自然人之间的借款合同除外）、财产租赁合同（包括融资租赁合同）、承揽加工合同、建设工程承包合同、货运合同、客运合同、技术开发合同、技术咨询合同、技术转让合同、保管合同、仓储合同、委托合同、行纪合同、居间合同、财产保险合同、抵押合同、质押合同、信托合同、电信服务合同。

商事合同之成立，依现行法律与民事合同相比并无特殊之处。建议商行为法规定受要约人拒绝承诺的通知义务，以提高交易效率；同时对于标的价额较小的商事合同可定为不要式合同，而对于标的价额较大的，应定为要式合同，以确保交易安全性。

至于合同格式条款，在商事交易中可能大量出现。中国现行《合同法》及相关司法解释对合同格式条款作了如下规定：采取格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。格式条款具有《合同法》第52条、53条规定的无效情形的，或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。格式条款与非格式条款不一致的，应当采用非格式条款。对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释。上述格式条款的相关规则，商事行为法完全可以直接适用于商事合同格式条款中。

（2）法定商事利息。中国现行法律中可请求法定利息的事项主要有借贷；（《合同法》第250条）；垫付（《合同法》第398条）；违

约（《消费者权益保护法》第47条）；迟延履行（《合同法》第207条）。利率方面，鉴于商行为营利性和有偿性特点，建议适当放宽法定商事利率是上限。事实上立法也已注意到这一点，如《民通意见》第122条规定，公民之间的生产经营性借贷的利率，可以适当高于生活性借贷利率。

（3）商事交互计算。作为一种活期帐户结算方法，已被各国商法普遍采用。中国现行民商事法律并无专门规定。相关的仅有《合同法》第99条和第100条关于双方互负到期债务的法定抵消与意定抵消的规定。由于商事交易中双方互负债务通常都是金钱之债，所以目前通常适用《合同法》第99条法定抵消之规定。商事交互计算与法定抵消有不同之处。如交互计算以双方合意为前提，不受债权诉讼时效影响等。

（4）有关合同履行地点、时间、方式的特例。

关于合同履行地点，依《民法通则》第88条和《合同法》第62条第3项规定，当事人有约定的从约定，没有约定或约定不明确的，交付不动产在不动产所在地履行，交付货币在接受货币方所在地履行，交付动产在履行义务一方所在地履行；而诸如汇票、本票、支票、仓单、提单等有价证券，依相关法律规定，其履行地点亦为债务人所在地。将有价证券之债界定为往取债务，很好的适应了商业指示证券流通性强的特点。制定商行为法时应对合同履行地点作出相应变更，即把作为履行地点的债权人（或债务人）的所在地变更为其进行交易时的营业场所；如果交易是在分店进行的，则分店视为营业所；无营业所的，在其住所清偿。此外，对于支付动产债务，也应像支付货币那样界定为赴偿债务而非往取债务。

关于合同履行时间，依《合同法》第62条第4项规定，当事人有约定的从约定，无约定的，债务人可随时履行；债权人也可随时要求履行，但必需给对方必要的准备时间。另据《合同法》第392条规定，仓

储合同中存货人或仓单持有人逾期提取的，应当加收仓储费；提前提取的，不减收仓储费。此两条关于履行时间的规定体现了尊重当事人意愿和平衡双方利益的原则。制定商行为法时对于合同履行时间问题也应遵循此原则。只是鉴于其商事性，应当将履行时间限定在法律规定或依当地交易习惯确定的营业时间内。

关于合同履行方式，依《合同法》第62条第5项，约定不明确的，应按照有利于实现合同目的的方式履行。至于何所谓“有利于实现合同目的”，则未作解释。制定商行为法时应根据保护债权人利益原则对此作出具体规定。

（5）善意取得。中国现行法律中规定可适用善意取得的包括共同共有动产之所有权（《民通意见》第89条）、有价证券（《票据法》第12条，《海商法》第77条）、质权（《担保法解释》第84条）、留置权（《担保法解释》第108条）。对于盗赃物、拾得物、漂流物、遗失的失散动物等财产，不适用善意取得。善意不仅涉及让与人之所有权，而且涉及让与人处分该物之权利。注

建立商法上的善意取得制度，需要补充的是：扩大适用范围，凡是商人在经营营业中转让之动产，除了基于盗窃、遗失等所有权人丧失占有的情形而占有该动产外，均可适用善意取得制度，而不局限于共同共有之动产；将行纪人、承运人、仓库营业人享有之留置权纳入善意取得范畴；对于动产抵押权和不动产所有权，基于对登记的公信力的保护，与善意取得制度的基础—对占有公信力的保护一样，都是对权利外观表征保护的体现，且出于现实中有可能出现的登记错误影响交易安全的需要，应将此二种物权纳入善意取得之范畴；对于丢失或被窃盗的金钱或无记名票据，鉴于其商事流通性极强，也应适用善意取得制度。而对于其他盗赃物、遗失物，若是在公开市场上以正常市价购得，也应承认其善意取得之效力，但原所有人在偿付价款后享有返还请求权。

（6）连带之债。商法上的连带之债主要包括：共同行为引起的债务，若其中一人、数人或所有人的行为为商行为的，则该债务为连带之债；在保证之债中，若保证行为为商行为，或主债务由商行为引起，则保证人与主债务人承担连带责任。

中国现行法律对商事连带之债也有所涉及，主要包括：合伙关系引起的连带之债（《民通意见》第35条第2款）、推定连带责任保证（《担保法》第19条）、票据出票人、背书人、承兑人对持票人的连带责任（《票据法》第68、81、94条）、票据保证人与被保证人的连带责任（《票据法》第50、81、94条）、中国证券监会1993年《公开发行股票公司信息实施细则（试行）》第5条）、承运人与实际承运人间的连带责任（《海商法》第63、123条）、海上拖航合同双方对第三人的连带责任（《海商法》第163条）、船舶碰撞中互有过失的双方对第三人的连带责任（《海商法》第169条）、重复保险中承保人对投保人的连带责任（《海商法》第225条）、海上货运保险合同受让人与被保险人间的连带责任（《海商法》第229条），等。

虽然中国现行民商事法律对商事连带之债有所涉及，但显得较为零散，缺乏统一集中的规定。制定商事行为法时应将因商行为引起的债务为连带之债作为一个基本原则规定于总则之中。

（7）短期诉讼时效。出于交易便捷高效考虑，各国商法规定的商事纠纷诉讼时效大多短于民事纠纷。中国现行民商事法律中对诉讼时效的规定亦体现这一特征。普通民事纠纷诉讼时效为两年（《民法通则》第135条）；而对于部分商事纠纷则适用特殊诉讼时效，如：拒付或延付租金、寄存财物被丢失或毁损的，诉讼时效为一年（《民法通则》第136条）；就海上货物运输向承运人索赔的、海上拖航合同纠纷、共同海损分担纠纷，诉讼时效为一年（《海商法》第257、260、263条）；有关船舶污染损害的请求权，诉讼时效为三年（《海商法》第265条）；因国际货物买卖合同和技术进出口合同引起的纠纷，诉讼

时效为四年（《合同法》第129条）；因产品质量问题引起损害，诉讼时效为两年（《产品质量法》第45条）。

上述特殊诉讼时效分散在各法律和行政法规中，十分零乱。制定商事行为法时，应将商事纠纷的特别诉讼时效作为基本原则规定于总则之中；同时在各分则及单行法规中再作具体规定。

4.有关有价证券的特例。应包括：限定可背书转让商业指示证券的范围；限定适用善意取得的有价证券；限定债务人的抗辩事由；将有价证券之债定为往取债务，以债权人提示为迟延履行的前提；赋予证券持有人特殊救济权。

（二）分则部分

属于对特殊商行为的具体规定，内容应包括：行纪营业、居间营业、商事代办、商事代理、经理、商业买卖、出租营业、隐名合伙、运输营业（包括货运、客运）、运输代理营业、店所营业、寄存营业（包括店所经营中的保管、仓储营业）、商事信用、商事期货交易。注

（三）作为“商法通则”的分支或单行法规，应包括：公司法、企业法、保险法、海商法、证券法、期货法、票据法、信托法、商业银行法、会计法、房地产交易法、特许经营法、广告法，以及相关立法、司法解释，等。

---

1. 董安生等编著：《中国商法总论》，吉林人民出版社1994年版，第123页。
2. 范健主编：《商法》，北京大学出版社、高等教育出版社2002年版，第41页。
3. 《合同法》第49条。
4. 参见范健主编：《商法》，北京大学出版社、高等教育出版社2002年版，第45页。

第八章 “商法通则”对商事人格权的规范

第一节 商事人格权的概念

人格权既为民事主体所必需，也以民事主体为其存在前提。因此，对于作为特殊形态的民事主体的商事主体来说，商事人格权既为其所不可缺少者，同时，商事人格权又必须以商事法律人格为其存在前提。据此，并非所有人都能享有商事人格权，只有商事法律人格者，即商事主体才能享有。基于此，自然人人格利益商品化利用所产生的商品化权，因其主体的纯粹自然人属性，不能归入商事人格权范畴。而欲对于商事人格权的内涵予以明确的界定，首先必须明确商事主体的内涵。

商事主体是指：能够依商法规定以自己的名义直接从事商行为，享受权利和承担义务的个人和组织。这里的个人，也称为商个人，具体包括个体工商户、农村承包经营户、独资企业主和其他依法独立经营，享受权利和承担义务的个人。组织，也称为商组织体，可以分为商法人和商合伙两类，具体包括公司、各类依法成立的企业和依法独立经营，享受权利和承担义务的组织。因此，商事人格权可以界定为：所谓商事人格权，指的是商事主体所特有的经法律确认而以商事人格利益为客体的商事主体之商事法律人格所必备的基本的权利。

据此，对于那些不具有商事主体资格的自然人、国家机关、一般事业单位（实行企业化经营、国家不再核拨经费的所谓自收自支的事业单位除外）、民办非企业单位等通过人格利益的商业化利用而享有的”商品化权”，并不能称为商事人格权。所谓“商品化权”主要是指“真实人物将其姓名、肖像或其他表明其身份的个体特征授权他人用于商业使用，并禁止他人未经授权进行商业使用的权利”[注]。其具体表现为，譬如，自然人可以将其姓名授权他人作为商号或商标使用，从而

获取高额收益；自然人的肖像可以通过商业化使用而创造大笔财富；甚至个人隐私也可以转化为财产。但是，传统民法认为，人格权是非财产性权利，并不以一定的财产利益为内容。人格权的客体即人格利益，它不能直接表现为商品，其价值也不能用金钱衡量。人格权又具有专属性，只能为权利主体所享有，不能转让和继承。[注]显然，上述自然人人格利益的商品化利用现象与商事人格利益的直接财产属性，并不能为传统民法人格权理论所解释。此外，尽管这些提法对于自然人人格利益的商品化利用现象能够较好地解释，使得为传统民法人格权理论所不能包含的自然人人格利益的商品化利用权有了法律上的归属，但也只能解释自然人人格利益的商品化利用现象，对于商事法人人格利益的直接财产属性则无能为力。因此，一般民事主体通过人格利益的商业化利用而享有的“商品化权”，并不能称为商事人格权。

---

1. 参见杜颖：《论商品化权》，载梁慧星主编《民商法论丛》（第13卷），法律出版社2000年版，第5页。
2. 参见王利明等：《人格权法》，法律出版社1997年版，第13页。

第二节 商事人格权的具体类型

至于商事人格权究竟包含哪些类型，由于缺乏法律的规定，只能根据人格权的一般理论作出初步的判断。如前所述，人格权可以划分为自然人人格权与法人人格权呢。自然人人格权包括生命权、身体权、健康权、人身自由权、姓名权、肖像权、名誉权、隐私权、信用权、贞操权等；法人人格权则包括：名称权、名誉权和荣誉权等。那么，能否据此就可以确定商事人格权的类型呢？如前所述，法人人格权包含了企业法人人格权和商事人格权，而商事人格权又包含了企业法人人格权。因此，对于此问题还需要予以一番甄别。

中国的《民法通则》为法人所享有的人格权仅规定了名誉权、荣誉权，此外，还规定了法人、个体工商户、个人合伙享有名称权。这其中可能属于商事人格权的有名称权、名誉权与荣誉权。除此之外，我国《反不正当竞争法》第10条还对侵害商业秘密的行为作了专门规定，从而确立起了商业秘密权。那么，在中国，上述为中国法律所确认的权利中，究竟哪些应划入商事人格权的范畴？是否还存在没有为现行法律所确认的其他商事人格权？对此，我们应进行进一步的研究。

一、商事主体的商号权

（一）名称权与商号权

任何法律主体都必然要以一定的名义标识，并凭借该名义参与社会活动。在自然人，用以标识的名义为姓名，在公法人，其名义为相应机关名称，在商事主体则为商号。毫无疑问，这种用以标识法律主

体的名称应属于人格权的客体，基于该名称而享有的名称权则应属于人格权的范畴。因此，商号权是一种名称权，性质上似乎应归属于人格权。不过，与民法一般名称不同的是，商号是商品生产经营者即商主体出于营利目的而创设使用的一种有别于一般民事名称的特殊名称。因此，商号权乃名称权之一种，名称权可以适用于法人和一切组织，而商号权则仅属于商事主体。

（二）商号权的概念

1、商号的概念

商号（trade name），又称为商业名称，是商事主体在其营业活动中所使用的名称，它是商事主体在从事商业行为时用以表彰自己营业的名称。从商号的发展来看，商号最终是商主体用以表示其营业的名称，因而多数国家的商法典或民法典均在商主体的名称意义上界定商号的含义。如《德国商法典》第17条第1款明确规定："商人的商号是指商人进行其营业经营和进行签名的名称。"日本《日本商法典》第16、17条和《意大利民法典》第2563条在商主体名称意义上使用商号概念的。在世界知识产权组织国际局编撰的《〈反不正当竞争保护示范条款〉及其注释》中，对商号的注释是："商号的作用是识别企业及其商业活动，并将其与其他企业及其经营活动区别开来。"也有的国家不将商号含义限定于企业名称范畴内，而将商号等同于"商业名称"，使商号概念泛化为产品的名称等具有商业价值的名称。如在美国，"产品、服务或商业企业的描述性词汇，以及人名、合伙名、公司名或一特殊地理位置的名称，被法院承认它们在商业交易中普遍使用，并将其归入商号（Trade Name）类"[注]。1946年美国《商标法》第46条则直接将商号直接定义为"被制造商、工业企业主、商人、农场经营者或其他采用来辨别其商业、行业或职业的任何名称"。

在中国，商号的法律渊源主要有《民法通则》、《企业名称登记管理规定》以及其他单行法规与部门规章。但是在这些法律文件中，

关于商号的界定很不清晰。《民法通则》第26、33条在规定法人、个体工商户、个人合伙享有名称权的同时，又将个体工商户、个人合伙的名称称为“字号”；《企业名称登记管理规定》第7条则规定：“企业名称应当由以下部分依次组成：字号（或者商号，下同）、行业或者经营特点、组织形式。”显然，中国法律是将字号等同于商号，根据《企业名称登记管理规定》，商号乃企业名称的核心组成部分，而《民法通则》又将字号混同于企业名称，导致了商号使用上的混乱。

多数学者从传统习惯以及理论体系性出发，主张将商主体的名称统称为商号，即从广义上理解其含义。也有人认为在现代企业法律制度中，多使用“商业名称”或“企业名称”，而不单独使用“商号”。并将中国台湾地区修改“商业登记法”时改“商号”为“商业名称”作为明证。但是，中国台湾地区将商号修订为“商业名称”并不具有代表性，在德国、日本、韩国等国商法典中仍以商号指称之。此外，台湾地区”商业登记法”之所以作此修订，还有一个很重要的原因是为了统一商号概念在使用上的混乱。如在1989年10月修订之前的该法中，第30条还有“商号名称”的提法，显然又是将商号作为商事主体的同义语了。

若从现实的角度出发，无论使用商号或其他名称，关键在于这种名称是否符合中国的交易习惯。中国长期以来都以商号或字号指称商事主体本身，如《现代汉语词典》解释，“商号”在汉语中的原意乃指“商店”。在中国古代，商号、字号往往可以混用，其含义均可指商店、店铺本身。但这种习惯称谓现在已经极少有人使用了。因此，从规范意义上讲，还是应该将商事主体的名称即企业名称称为商号为宜。也就是说，商主体的名称权应称为商号权，一则各国立法均如此规定，二则只有商号权才能准确地反映出商事主体的特殊属性。(注)

商号这一概念具有三个特征：

第一，商号是商事主体使用的名称。凡是商事主体，无论是商自然人、商合伙或者商法人，均可以使用商号来表彰其在营业上的活动。商事主体具有主体人格性，作为一种法律上的人，与自然人一样，自然可以享有使用商号的权利。

第二，商号是商事主体从事商业行为时使用的名称。商事主体使用商号是其从事商业活动的必然需求。因为如果不是商事主体从事商业活动，则无需使用商号。这一特征的意义在于，在一些国家中，商事主体的商号可以与自然人的名称相竞合，于是，借此可以区分是商事行为下使用还是个人生活中使用。

第三，商号是商事主体用以表彰自己营业的名称。它依附于商事主体，是商主体相互区别的重要外在标志。商人在营业活动中需要使自己区别于其他商人，尤其是当一个企业在经营活动中已经树立起了良好的商誉时就更是如此，只有这样才能增强社会公众的识别力，以维持自己的商誉。

2、商号权的概念

商号权是指商事主体依法对其所拥有的商号所专属享有的商号设定权、使用权和转让权等权利。

商号权作为一种特殊的法律权利，它具有以下几个重要特点：

其一，商号权具有区域性限制。各国法律普遍规定，商号登记的效力受一定区域范围内使用之限制。除全国驰名的大企业的商号可以在全国范围内享有专有使用权外，其他商主体的商号只能在其所登记的某一地区，如省、自治区、直辖市、市、县等范围内享有专有使用权。

其二，商号权具有公开性。多数国家和地区的商法规定，商号必须通过登记而予以公开，为他人知晓。登记则为公开之必经程序。商号之创设、变更、废止、转让、继承等等都必须通过登记程序而公开，未经此程序者，不得对抗善意第三人，不对外发生效力。

其三，商号权具有可转让性。商号权让与，历来有两种学说。一是绝对转让主义，认为商号转让应当连同营业同时转让，或者在营业终止时转让，商号转让以后转让人不再享有商号权，受让人独占该商号权。各国商法典一般采此学说。二是相对转让主义，又称自由转让主义，即商号转让可以与营业分离而单独转让，并可以由多个营业同时使用同一商号，商号转让以后，转让人仍享有商号权，受让人亦取得商号权。但是，由于商号权本身具有财产权的性质，各国商法理论和商事立法都普遍肯定商号权的可转让性。在中国，根据现行立法和司法实践，商号权可以转让，但一般应与商主体的经营同时转让，至于商号权是否可以单独转让，理论上依然存在着较大的争议。(注)

3、商号权的法律属性

商号权作为一种名称权，性质上应归属于人格权。不过，与民法一般名称不同的是，商号是商品生产经营者即商主体出于营利目的而创设使用的一种有别于一般民事名称的特殊名称。由于作为商主体的资信状况、营业风格、特色的象征，商号的使用能为其所有者带来一定的经济利益，因此，为保护商号所有人对其商号中蕴含的财产利益的享有，一些国家的国内法将商号纳入知识产权之列。

但是，商号是商事主体在社会活动中用以确定和代表自身，并区别于他人的文字符号和标记，它依附于商事主体，是商主体相互区别的重要外在标志，这一点是与姓名相同的。因此，应当将其归入人格权的范畴。然而，姓名权作为人格权具有专有性，即它与自然人的人身不可分离，也不得由权利人抛弃，和非财产性，即它本身不具有直

接的财产内容，也无法体现为确定的财产价值，它不能像财产权客体一样可以转让或继承。这显然与商号权具有明显不同的特征。商号权的最主要的特征是可转让性和具有直接财产内容。商号作为企业经营能力、资信状况等的象征，是企业无形资产的重要组成部分。因此，作为合伙企业与个人独资企业的合伙人与企业主，对其商号当然拥有所有权（合伙企业为共有权）。当合伙企业合伙人或个人独资企业主死亡时，其所拥有的商号权作为死者财产，自然可以由其继承人继承。这也是商号权与姓名权的根本区别所在。

同时，商号权也不同于知识产权。其具体区别在于：其一，商号权没有时间性。商号权与企业共存亡。知识产权则具有严格的时间性。其二，商号权具有更加严格的地域性。各国法律普遍规定，商号登记的效力受一定区域范围内使用之限制。除全国驰名的大企业的商号可以在全国范围内享有专用权外，其他商主体的商号只能在其登记的某一地区范围内享有专用权。而知识产权的地域范围则以国家或者法域为限，在欧共体等对知识产权实行一体化保护的地区，其地域范围更是扩大到所有成员国内。

由此可见，将商号权划入知识产权是不合适的。因此，商号权不同于姓名权，因其具有可以转让与继承的直接财产内容，并以依法公开为必要；也不同于财产权或知识产权，因其具有严格的“人身”依附性，不可脱离商主体而独立存在。因比，与姓名权为民事主体所必需相同，商号权作为商事主体的人格权，亦为商事主体所必需。㊟

总而言之，商号作为一种法技术的成果，目的在于使某些经济组织能够成为私法上权利义务的载体，故商号权的本质为商事人格的一种体现，系“交易的必需”，同时，从性质上而言，商号权表现为一种财产利益的载体，具有可转让性。对商号权的侵犯，其损害的只能是商业上的利益。因此，商号权从本质上而言，系商事人格权的一种，为每一商事主体所必需的基本权利。

（三）商号权的内容

商号权产生以后，从权利人所能行使的权利内容上看，商号权主要包括以下内容：

1、商号使用权

商号使用权是指商主体对其商号享有独占使用的权利，其他任何人不得干涉和非法使用。企业可以自己的名义开展各种经济活动，包括签订经济合同、刻制营业用章、开立银行账户、悬挂字号匾牌以及在广告、商品、商标上使用商号。法律上也要求各种文件中，如往来文件、契约文件、诉状、应诉书等，应当标明商号，从而使得商事活动具有个性。中国《企业名称登记管理规定》第20条规定："企业的印章、银行账户、牌匾、信笺所使用的名称应当与登记注册的企业名称相同。从事商业、公共饮食、服务等行业的企业名称牌匾可适当简化，但应当报登记主管机关备案。"《企业名称登记管理实施办法》第36、37、38、39条则分别规定："企业应当在住所处标明企业名称。""企业的印章、银行账户、信笺、产品或者其包装等使用的企业名称，应当与其营业执照上的企业名称相同。""法律文书使用企业名称，应当与该企业营业执照上的企业名称相同。""企业使用名称，应当遵循诚实信用的原则。"除了这些限制性的规定外，企业还可以在许多场合使用其商号。

2、商号转让权

商号权具有一定的财产属性，可以成为转让的对象。各国法律一般都规定商主体有权依法转让其商号。商号转让是指商主体将其商号权利全部让与受让人的行为。商号转让的效力是出让人丧失商号权，而受让人成为该商号权的主体。

商号作为一种特殊的财产形式，其转让的合法性得到了各国立法的肯定。但是具体如何转让商号，则一直存在着两种学术观点并导致以下两种不同的立法。

其一为绝对转让主义，在立法上奉行不得单独转让的原则，即商号应当连同营业一起转让。也就是说，商号不得与使用该商号的营业分离而转让，只能是或者与营业一起转让，或者在其营业废止时转让。奉行这一立法原则的国家主要有德国、瑞士、意大利、日本、韩国等。

其二为相对转让主义，在立法上奉行商号可单独转让的原则，即商号不必连同营业一起转让。也就是说，商号可以与其营业相分离而转让，商事主体不仅可以单独转让商号而不转让营业，而且多处营业也可以共同使用一个商号，商号转让后，转让人仍享有商号使用权和其他权利，受让人也取得商号使用权和其他权利。相对转让主义容易造成商号使用及管理上的混乱，极易引起社会公众的误解，甚至可能发生转让人转嫁债务或与受让人恶意串通损害债权人利益的情况。因此奉行这一立法原则的国家不多，主要有法国。

中国采取国际上通行的绝对转让主义。如中国《企业名称登记管理规定》第23条分三款分别规定：“企业名称可以随企业或者企业的一部分一并转让；”“企业名称只能转让给一户企业。企业名称的转让方与受让方应当签订书面合同或者协议，报原登记主管机关核准。企业名称转让后，转让方不得继续使用已转让的企业名称。”不过，在该规定中，“企业的一部分”其具体含义尚需在立法上作进一步解释。此外，商号权转让后，转让人不得使用原商号，但其是否有权继续从事原营业，中国立法尚无明文规定。

3、商号独占权

商号经登记注册后，在法律上具有排他效力，即商事主体拥有禁止他人使用的权利。作为商事主体人格重要标识的商号，一般来说只能由使用该商号的商事主体所专有，也就是说商事主体应当拥有商号的独占权。

中国法律对此有明文规定。如《企业名称登记管理规定》第27条第1款规定："擅自使用他人已经登记注册的企业名称或者有其他侵犯他人企业名称专用权行为的，被侵权人可以向侵权人所在地登记主管机关要求处理。登记主管机关有权责令侵权人停止侵权行为，赔偿被侵权人因该侵权行为所遭受的损失，没收非法所得并处以五千元以上、五万元以下罚款。"该条第2款还规定："对侵犯他人企业名称专用权的，被侵权人也可以直接向人民法院起诉。"

4、商号变更权

商号作为商事主体的人格标识，经登记注册后即具有稳定性，不得擅自变更。但是，如果商事主体因生产经营需要，则可以依法申请变更。尤其是当商事主体认为其使用的商号不能很好地起到商业宣传的作用时，往往需要变更其商号以获得更好的人格标识，从而应当允许其变更其商号。

中国有关法规虽未直接规定商号变更权，但间接肯定了该权利。如中国《企业名称登记管理实施办法》第26条规定："企业变更名称，应当向其登记机关申请变更登记。"

5、商号出借权

商号出借权也称商号许可使用权。商号出借是指商主体将商号使用权部分或全部让与他人的行为。商号出借的效力是借用人通过出借协议依法取得对他人商号的使用权，出借人仍然保留商号的"所有权"，而不保留或只是部分保留商号的使用权。商号出借现象在现实生

活中普遍存在，如“挂靠”、“连锁经营”、“特许经营”等等。商号借用的原因，既有出于借助他人较好商誉的考虑，也有税收减免和突破经营范围的动因。多数国家法律承认商号出借的合法性，并在法律上明确规定了商号出借的法律效力和法律责任。

中国《企业名称登记管理规定》及其实施办法则均未对此作规定。中国国家工商行政管理总局于1997年5月30日颁布、实施的《关于连锁店登记管理有关问题的通知》第2条第2款规定：“由总部参股设立或与总部无资产关系的门店，通过与总部签订合同，采取联营的方式或者取得使用总部商标、字号、经营技术及销售总部商品的特许权，按照合同的约定共同经营。”从该款规定中可以看出，至少在连锁企业中的商号出借权已经获得了中国工商行政主管部门的认可。

（四）中国商号法律制度的完善

中国现有的商号法律制度系计划经济条件下的产物，已经落后。中国现行的商号法律制度存在下列缺陷：㊟

1、立法价值上，偏重于对商号的行政管理

中国现行商号立法侧重于公权力的保障，忽略了私权利的保护，尤其是对商号权利人几利害关系人利益的保障。

2、中国现行商号立法层次偏低

中国现行的商号法律主要为《企业名称登记管理规定》及《企业名称登记管理实施办法》，该立法均系国家工商行政管理部门颁布的部门规章。因此，立法位阶太低，显然不利于商号权的法律保护，也违反了立法法的精神。

3、商号权的取得方式上采用“登记生效主义”

中国目前在有关商号权的法律中对商号权的取得采取"登记生效主义"。对此，《民法通则》第33条、《企业名称登记管理规定》第3条及第26条均作了明确的规定。中国实行的商号权注册取得制度，取消了商主体的法制外自由选用商号的可能性，不利于企业开展经营活动，与国际上的通行做法也不吻合。

4、商号的名称不规范

《企业名称登记管理实施办法》第9条规定："企业名称应当由行政区划、字号、行业、组织形式依次组成，法律、行政法规和本办法另有规定的除外。"企业名称残留有计划经济的特点，表现为"行政区划加行业"，如"上海百货公司"、"北京文化用品公司"等。另外，要求企业名称必须标明行业特点，即经营范围。该种要求已远不适应商主体多元经营的需要，也不符合现行法律的要求，例如《合同法》、《企业经营范围登记管理规定》等。

5、商号权的区域限制

分级注册制度导致商业名称贯以行政区划，实质上是对商号权效力的限制，也就是说商号仅在所冠的行政区域范围内有排他效力和救济效力，这在计划经济条件下是可行的，在市场经济条件下这种规定往往成为不正当竞争的保护伞，造成商号权领域的诸多纠纷，影响了对商号权的有效保护。另外，分级注册制度导致商号权效力范围不同，造成了商主体竞争的不公平。

6、缺少单独的商号注册制度

中国现行立法对于商业名称的登记，应于商业创设登记同时为之，从而导致中国目前没有单独的商号登记注册制度，商号的登记注册是商业登记的内容之一，不利于对商号权的保护。

7、中国目前尚无完整的保护商号权的法律体系

中国目前对商号权的保护，在立法上除集中在《反不正当竞争法》之外，还有几部重要的法规，即：《中华人民共和国公司登记管理条例》、《企业名称登记管理实施办法》等法规。然而，这些法规不但立法层次较低，而且对企业名称（商号）的法律保护，也只集中于只言片语，缺乏对商号的较为具体、详细、系统的法律规定。

具体而言，应当在以下几个方面，完善中国的商号法律制度：

1、协调商号与商标之间的冲突

欧美各国已在相应的知识产权法律体系中采取了种种减少和避免商标权和其他权利，特别是商号权发生冲突的立法方式。中国对于解决此种冲突的法律规定是相当欠缺的。商标法中虽然规定了注册商标不得与在先权利相冲突，但却因没有明确在先权利的范围而难以操作；商号权则根本无法抵御在后权利尤其商标权的冲击。这种立法形式与加入世贸组织后的法律环境是格格不人的。中国传统产业包括了中国众多的知名老字号企业，商号是这些企业非常重要的包含商誉价值的无形资产。而根据中国目前的企业名称登记办法和混乱的级别管辖、地域效力机制，企业名称权或者说商号权根本无法获得其应有的法律地位，这将为商标抢注创造极大的空间和可能性。如果我们不能通过法律手段有效地解决商标权与商号权的冲突，合理划定二者之间的界限，我国的许多传统企业必将受到重大打击。西欧各国比较推崇通过明确规定有关权利间不得冲突及不得相互冲突的权利范围的方式来解决商标权与商号权之间的冲突，重在事先规范；美、加等国则更经常使用反不正当竞争条款来禁止有关权利的并存，类似于一种事后的补救措施。而中国目前商号的登记程序非常混乱，各级工商行政部门都有权进行企业名称登记注册工作，但登记机关级别的不同将直接影响获得登记的企业名称或者商号的效力等级和效力范围。一般来说，该企业名称只在登记机关辖区范围内有效。这样取得的商号不仅

难以对抗由国家统一注册、效力及于全国的在后注册商标，甚至不能抵御与其相同或相似而仅是在其他地域内的工商行政管理机关进行登记的在后商号的冲击。现在一提要解决商标与商号的冲突问题，似乎就认为商号要服从商标，这是极为片面的。解决冲突问题，究其根本就是要保护原始的在先权利。保护在先权利反映在企业名称与商标的冲突问题上，既要保护在先的知名商标，也要保护在先的知名商号。其理论依据就是商标和商号都是区别商品来源的标识，如果重复使用就会导致市场混乱，也会淡化知名商标或商号。对仿冒他人注册商标和企业名称的行为，不论从保护权利人所有权的角度，还是从规制不正当竞争的角度，依法予以制止和查处均是顺理成章的。这种做法为制止不正当竞争设置了障碍，增加了难度。

因此，中国必须尽快减少商事登记机关的层级，实现商号在较大行政区域内的唯一性。如果不能像商标那样建立全国统一的登记体系，至少也应当建立仅划分为全国与省、自治区、直辖市两级登记体系的制度，确保在企业经营必然要面对全国甚至全世界的新形势下，各企业之间不致因商号的“合法”冲突而受到不应有的损害，从而也使市场秩序得以维护。

就商号权与商标权之间的冲突而言，我国应当与国际接轨，修改《商标法》，明确将商号作为商标的在先权利，给予商号尤其是知名商号与商标同等水平的保护，从而使公司商号的法律保护系统化。只有如此，才能使商号尤其是知名商号获得全国性保护。此外，还有必要在具体注册登记机关，实行商标与商号注册的联检、公示异议制度，从而缓解两种权利之间的冲突，尽可能减少将他人在先商标作为商号加以使用的”合法”而不合理现象。

在这些重大立法尚未实现之前，作为一种基于现行制度的可行性方案，登记机关应当注意，在审查商号时，除了要坚持本辖区内同行业的商号不得相同或近似的原则外，还要考虑与知名商标和其他地区

知名的商号不得相同或近似。虽然有些地方已对与驰名商标和本省著名商标相同的商号不予核准，但这还远远不够，对不在驰名商标范围内的有较高知名度的商标以及他人的知名商号同样也不能允许企业作为自己的商号登记。

目前我国经济生活实践中，文字商标与商号之间没有联系，在大多数情况下，企业的商号和其相关商品或服务的文字商标是用不同的词汇构成的。例如，上海家化与其生产的“美加净”牌化妆品，上海卷烟厂与其生产的“中华”香烟，两者之间就没有任何字面关联。这种商标与商号相分离的状况无形中为权利冲突的存在提供了生存的土壤。因此，对于企业尤其是新办企业来说，完全可以甚至有必要将其商号与商标相统一，使之形成双重保护效力。目前，中国的一些知名企业也已经意识到这一问题的重要性而将二者加以统一。例如，中国的“全聚德”、“盛锡福”等文字商标即来源于该企业的原有商号；“红豆”、“联想”等则是将已注册的知名度高的商标，经工商行政管理部门核准登记变成自己的商号。这种做法，使得企业商号得到了与商标协调保护的目的。[注]

2、重视商号的立法工作

中国现行的商号立法已严重滞后于现实的需要。因此，需要对中国现行商号立法加以完善，将来应在“商法通则”中用予以集中、具体的规定，要实现立法侧重点由“权力本位”向“权利本位”的转变，《商法通则》应关注商号权人及相关利害关系人利益的调整，并在具体制度上进行规范。同时，也要对如《民法通则》、《反不正当竞争法》、《商标法》等其他法律进行修改。至于有人提出制定一部单行的《商号法》，笔者觉得似无必要，只要有了“商法通则”这样的商事总则性质的法律，完全可以将商号权纳入其中，并且成为一项基本的、独立商事法律制度。

二、商事主体的商誉权

（一）商誉权的概念

商誉，即商业信誉与声誉。商誉在汉语中属于外来词，乃发源于英国的英文“Goodwill”的汉译。在经济学界，一般认为，商誉是一种无形财产。由企业的良好信誉、产品的较高质量和市场占有率、可靠的销售网络、有效的内部管理、先进的技术、优越的地理位置等因素形成。[注]它可以具体地反映在企业在产品质量、经营管理、财务状况、资金信誉以及职工的素质和工作效率等方面，处于同行业中较优越的地位，因而在消费者心目中拥有较高的声誉。它还可以是指一家企业由于所处地理位置优越，或由于信誉好而获得客户的信任，或由于组织得当、生产经营效益高，或由于技术先进、掌握了生产诀窍等原因而形成的无形价值。总之，在经济学中商誉是被作为无形资产看待的。

商誉作为法律概念乃源自于英美法系国家。在英国，之所以引入商誉概念，主要原因便在于“诋毁之诉”只保护名誉本身，是尊严和受人尊重的声望，而不是由此导致的金钱上的损失。具体来说，在普通法中没有一般性地规定“名誉”和“名誉权”概念，对名誉的保护，是放在“诋毁”这样一个诉因之下从侵权的角度进行保护。而在诋毁之诉中的名誉一直是一个有关自然人的道德声誉方面的概念，因而诋毁之诉就被认为仅适用于自然人。因此，当后来一个公司提起诋毁之诉时，就出现了“法人能否提起诋毁之诉”的质疑。虽然法院承认诽谤的法律对所有的原告都同样适用，而不论原告是自然人还是法人，但是由于传统认识中名誉概念已被限定于特定的含义，使得诋毁之诉难以适用于公司名誉的损害，或者说诋毁之诉的原有理论难以较好地解释公司名誉损害诉讼。于是，就引入了商誉这样一个法律之外的外部概念，并且在侵权之诉下发展起了与诋毁之诉相并列的适用于商誉侵害诉讼的”仿冒之诉”，以弥补名誉概念与诋毁之诉之不足。

因此，法学界从经济学界接受了商誉的概念，同时也基本上接受了经济学界关于商誉乃无形资产的理解。然而，法律上关于商誉的界定因其特定的法律视角而又明显区别于经济学上的界定。据《布莱克法律辞典》（第五版）解释，商誉（Goodwill）指的是“从社会公众那里赢得的关于商事经营的美好声誉”。《牛津法律大辞典》将商誉（Goodwill）解释为：“某企业拥有的一种利益，源于该企业的名誉和与顾客的联系以及使顾客的联系得以保持的条件。它与所隶属的企业不可分离，尤其取决于企业所有人或经理的人格或个人素质，也取决于企业的地理位置，或者取决于二者。它是一种可以买卖，可以遗嘱形式给予或可抵押的属人财产，其所有人可以通过参加假冒商品之诉来维护其权利。”㊟

大陆法系国家基本上只是将商誉作为一个经济概念看待，而不在立法与法学上使用该概念。但商誉的法律保护还是存在的。中国法学界也接受了商誉的概念，但在立法上，中国未明确使用商誉或商誉权的概念。只是在学理上提出了一些诸如：商誉是商品生产经营者在其生产、流通以及与此有直接联系的经济行为中逐渐形成的，反映社会对其生产、产品、销售、服务等多方面的综合评价；㊟商誉即商业信誉与声誉，是商品经济发展到一定阶段的产物，是特定商业文化的一种特殊形态，商誉作为民事主体的一项无形财产，与特定企业的经营性标记有着广泛的联系；同时，它又表现为对特殊民事主体经济能力的一种社会评价，与作为一般社会评价的人格利益有着明显的区别。㊟

但是，这些观点都未能反映出明确的人格权界定倾向，尤其是未能反映出商事人格权的特征。

那么，商誉究竟是否具有人格权的特征呢？其能否成为商事人格权类型之一呢？笔者认为，答案是肯定的。其理由可以从名誉权与商誉权的关系上去阐述和理解。

在中国现行立法上，仅《民法通则》中规定了法人名誉权，可以认为民法就企业法人这一商事主体之名誉权做了规定。但是，从名誉权的特征来看，其与商誉权既有联系也有差别。

中国学者已经认识到，企业法人的名誉包含着不同于一般自然人或非以营利为目的的法人通常所具有的名誉的内容。他们认为，对企业法人的品格的社会评价，往往与其经营能力、经营水平、商品和服务质量、信用状况等经营因素密切关联，是对该民事主体（实为商事主体）在商事交易中所体现出来的伦理、道德和能力的评价，而并非所有方面的道德评价。因此，基于企业法人的名誉具有特殊性，不宜用与保护自然人名誉权相同的法律制度保护企业法人的名誉，而主张用商誉权保护制度等予以保护。这样能够更好地体现企业法人名誉的"商"的性质和财产方面的利益。(注)

商誉与名誉确有许多相同之处，如其客体都是名誉利益，其基本内容都是保有和维护自己的社会评价，都不具有财产性，但与财产利益相关联。但两者还是具有明显的差别。一般来说，商誉与名誉都是一种社会评价，但名誉是主体更为宽泛、内容更为丰富的范畴。正是在这个意义上，有学者认为“广义的名誉包含着商誉”(注)。但是，严格来说，将商誉混同于名誉或将商誉作为名誉的一部分的观点并不确切。首先，商誉仅商事主体能够拥有，名誉则是任何民事主体都拥有的。其次，商誉指的是商主体在其生产经营过程中所形成的社会对其所提供的产品、服务品质以及资本能力等内容的综合评价，属于对商主体的经济能力与履约水平的评价，显然这种评价主要属于经济评价；而名誉则是对主体人格一般的道德水平和行为方式的社会评价，这种评价主要是道德评价。最后，商誉虽有人格属性，但同时还具有财产属性，可以通过科学的评估方法直接体现为财产，实际上商誉权的本质属性应为具有人格权属性的财产权（即商事人格权）。因此，当商誉受损时，往往会使相对人对其经济能力抱有怀疑态度而减少或停止与其进行经济交往，从而使其遭受经济上的损失。名誉纯为一种

道德上的评价，发生名誉侵害时，对受害人所造成的主要是精神上的损害，而与经济无关。名誉虽与财产有一定联系，但不直接体现为财产，不以财产为内容。因此，在中国以商誉权概念取代商事主体名誉权应当成为立法的方向和学界的共识。

在中国2002年12月3日提交全国人大常委会审议的《中华人民共和国民法（草案）》中则在将人格权独立成编的基础上将名誉权与信用权作为两项并列的人格权。由于名誉权一般不涉及其经济能力的评价，而信用则主要是对某一主体的经济能力的评价，因此，对于自然人来说，确有必要在名誉权之外另行规定信用权。但是，对于商事主体来说，其社会评价本就属于或主要属于经济评价，因此，没有必要在商誉权之外再规定信用权，信用的概念完全可以被商誉所包含。因为，商事信用的本质属于一种经营性资信，而非单纯的人格信用。首先，商事信用发生在商事活动领域，与商事主体的人格利益相连。其次，商事信用的基础在于单纯的资产信用，而非单纯的人格信赖。商事信用是一种兼具人格权与财产权性质的混合性商事权利信用属于社会对一个人的品行和人格的评价，属于一种典型的精神性权益。[注]因而，没有必要将社会之经济评价与道德评价强行加以区分。因此，在商法领域，在确立了商誉制度的情况下，信用权则已不必单独存在了。

所以，我们可以将商誉权概括为：商誉权是指商事主体所享有的商业信誉与声誉，并依法禁止他人侵害，维护、捍卫其商业信誉与声誉的权利。

其基本特征是：

1、商誉权与商事主体共存共亡，不能脱离商事主体而单独存在；

2、商誉权的基本内容是保有和维护自己的社会评价，都不具有财产性，但与财产利益相关联。

3、商誉权离不开商事主体的商业信誉与声誉，任何对商事主体商业信誉与声誉的损害，都是对商事主体商誉权的损害。

4、商誉权具有人格权的属性，但是，对商事主体商誉的评价，就是对其经济的评价，因而，商事主体对自己商誉权是保护，就是对自己经营权和获得利益权的保护。

5、商誉权是商事人格权的内容之一，应由商法和民法共同保护。

6、商誉权具有鲜明的商事人格权属性。这是因为，商誉权既不具备知识产权所具有的时间性、地域性与可复制性的特征，也不是纯财产权属性。虽然，商誉权具有非常明显的财产权属性，甚至可以说这就是其本质属性，但商誉权毕竟是为商主体所专有并与其不可分离者，因此，不能忽略这种严格的人身依附性。事实上，正如名誉权对于一般民事主体乃必不可少者，商誉权对于商事主体来说，也是不可或缺的。这就显示出其”人格权”的属性。但是，这种基于商事主体特殊身份的“人格权”完全不同于一般民事主体的人格权，而是以财产权为其最主要内容的权利。因此，我们应将其归入商事人格权的范畴。注

（二）商誉权的内容

从某种意义上讲，设立商誉权的主要目的在于禁止和防止他人对于商事主体商誉的损害行为。从侵权法的角度看，损害商誉的行为主要体现在商业侵权中。在商业侵权的类型中，属于侵犯商誉权的行为主要有：

1、诽谤商誉。其表现形式是公开贬低他人产品或者服务的价值，影响他人的交易，造成财产上的损害。

2、诽谤产品。其表现形式是对经营者的商品的品质进行诽谤，致使受害人受到财产利益的损失。

可见，商誉权应当包括：禁止他人公开贬低自己的产品或者服务的价值和诽谤商品的品质。

（三）侵害商誉权的构成要件

1、商誉侵权主体

一般来讲，都把当事人之间存在竞争关系的经营者作为商誉侵权的主要主体。因为，一般认为，只有竞争对手间，才可能做出侵害对手商誉的行为。从当代商业侵权的实践看，这种观念已显得过于陈旧了。事实上，尽管一般民事主体一般不能在侵权中获得相应收益，但是其行为或言论可能会造成较之经营者更大的损害。譬如，具有相当影响力的新闻媒体对企业产品质量或服务质量的错误报道或评论，往往会造成非常大的负面影响。此外，一些在产品质量等问题上与产品生产者或销售者发生纠纷后，采取诸如大字报”揭黑幕”，甚至在广场等公开场合公然砸毁产品的过激行为，也会给相关企业造成极大的商誉损害。譬如，2001年4月，由陈恩、金月根、金家祥等人租赁经营的连云港黄海度假村客房部购买了84台双菱空调。同年11月，陈恩一方以空调存在质量问题为由，向上海双菱空调器制造有限公司投诉。上海双菱公司遂派人赴连云港检测、协商，但因陈恩人等提出上百万元的巨额索赔要求，并拒绝双方共同进行委托检测，所以协商未果。2002年3月5日，三人伙同《南京晨报》记者钱广如决定在南京砸毁一台空调，此后又两次在南京、上海当众砸毁空调，并打出“双菱空调、质量低劣”等虚假宣传语。据审计，砸空调事件发生后，双菱公司仅客户退货造成的损失就达到50余万元。法院认定陈恩等人的行为已构成犯罪，故适用《中华人民共和国刑法》第221条规定，判处“怒砸空调”的陈恩有期徒刑一年，罚金人民币3万元，金月根、金家祥、钱广如等人各被判处罚金人民币3万元。[注]

可见，不仅在受害人与加害人之间存在竞争关系的经营者会做出侵害商誉的行为，记者、消费者等人群同样也会做出该种行为。因

此，为了更有力地保护商事主体的商誉权，应当将商誉侵权主体扩大为一切可能有直接或者间接利害关系的自然人和组织。

2、商誉侵权违法行为表现形式

具体来说，在现实生活中侵害商誉的行为可以概括为以下几种：

（1）行为人采取公开的方式或在公共场合，向公众捏造和散布虚假事实，对商主体的经济实力、履约能力、履约态度及履约水平、产品或服务的质量、经营状况、销售业绩等进行贬损与诋毁，或者采用刊登对比性广告、声明性广告、召开新闻发布会等形式，诋毁和贬低竞争对手的商誉；

（2）在经营过程中，如在洽谈、销售过程中向业务客户、消费者散布虚假事实，贬低竞争对手的商誉；

（3）在所出售商品的包装说明书上，对竞争对手的同类商品进行诋毁或者通过自己的商品公开宣称他人商品存在质量缺陷；

（4）假借消费者名义向有关消费者保护机构、新闻单位、质量监督部门作关于竞争对手产品质量低劣、服务低劣、侵害消费者权益的虚假投诉；

（5）假冒他人注册商标；

（6）擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢，造成和他人的知名商品相混淆，使购买者误认为是他人的商品；

（7）服务企业擅自使用他人建筑物特有的外观装潢风格，使消费者误认为是他人企业或该企业的连锁企业。

以上这些侵害商誉权的行为，往往会导致公众对特定的商事主体的经济能力产生怀疑，进而导致对该主体经济实力信赖的减损和经济评价的降低。

其侵害商誉权的行为方式一般表现为作为的方式，以捏造、传播、转述流言为主要形式。不过，当行为人负有特定的作为义务时，不作为也可以构成侵害商誉权。从侵权行为的手段上看，既可表现为常见的口头传播行为，也可表现为以具体的行动传播的行为，在具体的媒介上，书刊、报纸、广播、电视、计算机网络等均可能作为侵犯商誉权的手段。但是，法律对于侵权行为的方式无须特殊限定，也就是说不必具备特定的方式，只要其行为足以产生相应损害后果即可。

在对商誉侵权行为进行认定的过程中，一般都要求行为人必须是对特定人商誉的侵害。所谓特定人，不能以其主观上的认识而应以客观上的"特定"为准。一般来说可以从以下三个方面判定是否指向特定的人：一是指名道姓或直接指向某种产品或指向社会对他人的特定评价；二是虽没有明显特指的对象，但侵权人的表述或行为足以使人识别出其所针对的是哪一个或哪一类企业即可；三是虽未指向某个企业但指向其分支机构，从而足以使人识别。如果行为人所实施行为损害的对象空泛，并不能使第三人确知为何人，则不构成对商誉权的侵害。

3、商誉损害事实分析

侵害商誉权的损害事实，是因侵权行为的实施而导致关于权利主体的社会评价的降低，并由此造成了商誉的实际损害。损害事实认定的前提条件在于判断特定商主体在某一特定区域内是否已经建立了自己的商誉。对此，可以从两个方面予以考察：其一，当事人提起侵权之诉必须是其有产品在该受诉法院的司法管辖权地区销售，或其服务业务在该地区开展，或在该地区有与生产和流通有直接联系的经济行为，抑或有从事生产和服务的分支机构；其二，必须有一定数量的消

费者意识到当事人的产品或服务的存在，如果社会公众未能意识到特定主体的产品或服务在该地区的存在，就可以证明该主体尚未在该地区建立起商誉，从而也就不可能存在侵害商誉权的事实。损害事实的内容涉及对商主体的产品质量、经营状况、销售状况、履约能力、履约态度与水平等经济能力进行贬损，误导以及施加不当影响的事实，这些事实的发生就是危害后果的发生。(注)具体地说，侵害商誉权，往往都会造成受害人产品积压、滞销、已经成立的合同被中止或终止、合格的产品被退货、营业额降低等等损失。在这些财产损失中既有直接损失，但大多是间接的物质损失，并且还完全可能没有任何可以观测到的财产损失发生。但是，商誉权作为商事人格权，完全不同于自然人的名誉权，因而根本不存在作为精神载体的肉体，因而不可能存在精神损害问题。

4、行为人主观过错分析

侵害商誉权的行为常常是通过散布某商主体商品质量、服务质量、资信情况等方面的不真实的或者引人误解的信息来损害市场对商主体的综合评价，并且散布信息损害商誉权时侵权人主观上往往是出于竞争的目的，因而往往是故意为之。但是，不能否认的是，在某些情况下，行为人侵害他人商誉的行为确实是出于善意而为的，或者说其本身并无对受害人施加损害的意图。因此，侵害商誉权的主观过错状态上，既包括故意也包括过失。一般来说，行为人有意虚构事实，或者明知他人的主张并非真实而加以传播，为故意；行为人轻信他人的主张为事实而加以传播，或者应当知道而不知道他人的主张并非真实事实便加以传播的，均为有过失。但是，若行为人传播的事实虽然不是真实事实，但由于行为人的消息来源足以使一般人不会怀疑该消息的真实性，行为人也就不应当知道其不真实，对传播该事实主观上并没有过错，其行为也不构成侵害商誉权。

5、侵害商誉的违法行为与损害结果之间的因果关系

商誉侵权作为侵权行为之一种，违法行为与损害结果之间的因果关系也当然属于侵害商誉权的构成要件之一。在侵权法中，行为人致害行为与损害结果之间因果关系表现为一因一果、一因多果、多因一果及多因多果等不同的形态。商誉侵权也可表现为这四种形式。一般认为，某一原因仅于现实情况发生某一结果时，还不能断定有因果关系，须依一般观念，在有同一条件存在就能发生同一结果时，才能认定该条件与该结果间有因果关系。商誉侵权行为因果关系的认定，同样应当适用侵权行为因果关系判定的一般原理。

（四）中国商誉权法律保护模式的构建

目前中国的商誉权法律保护制度虽已基本确立，如《民法通则》、《反不正当竞争法》、《产品质量法》、《消费者权益保护法》等法律中都有相关规定，但是这些散见于多部法律之中的规范还不够完备，许多规范还过于粗疏而缺乏可操作性。在商誉权概念上，则只是在几个会计规则与双边保护投资协定中在无形财产意义上提到“商誉”一词，并没有明确、规范的法律概念，以至于在一些学者的论述中将商誉与商号混用或者将其等同于民法上的法人名誉概念。在司法实践中，一般都是适用《民法通则》第120条关于法人名誉权损害赔偿的规定进行处理，但由于缺乏针对商誉权特性而设计的损害赔偿制度，因而在损害赔偿额上难以把握，往往不能令受害人满意。因此，中国急需强化法律对商誉权的保护，并设计出一个合理的商誉权法律保护模式。

笔者认为，中国未来的商誉权法律保护模式应当以民法典中的《民法总则》中关于人格权的规定为核心，以《商法通则》中关于商誉权的规定和民法典中《侵权责任法》为基础，辅之以《反不正当竞争法》等法律的相关规定，从而构成一个商誉权法律保护体系。具体来说，在《民法总则》中明确提出商事人格权的概念，使之与一般民事人格权并存；在《商法通则》中具体规定商誉权的概念、特征、内

容；在《侵权责任法》中的“商业侵权”一节中设立专条、专款，就侵害商誉权的概念、构成要件、承担的责任等做出明确的规定；在修订《反不正当竞争法》时，根据《民法总则》、《侵权责任法》和《商法通则》的规定，进一步强化商誉权法律保护制度。

三、商事主体的商业形象权

如果说商誉权是商事主体的内在的商事人格权，那么，商事主体的商业形象权表现的则是商事主体外在的商事人格权。商事主体之商业形象属于近年来兴起的新型商事主体人格标识，其对商事主体的标识意义非常接近于商号。但是，其与商号又具有不同的特征：

（1）表现形式不同。商号是以文字、图形等形式表现出来的，一般具有直观性、表彰性，并且还有可转让性、可出借性等特征。而形象则既有直观性，也可能不具有直观性，所谓具有直观性，是指商事主体形象可能表现为一幢企业大厦，一个厂区、车间、办公室（楼）；所谓不具有直观性，是指商事主体的厂歌、企业精神、主要负责人和职员（工）的性格、风采等，而这些厂歌、企业精神、主要负责人和职员（工）的性格、风采等，又是不具有可转让性和可出借性的，也就是说这些内容不是以物质来衡量的，而是一种精神的、超乎物质以外的东西，正是这些看不见、摸不着的东西，却往往是构成一个商事主体的灵魂和经营理念，会直接或间接地决定或影响商事主体的发展方向和成败兴衰。明显地应当属于商事人格权的范畴。

（2）对商事主体的商誉影响的方式、途径不同。形象是指形状、外貌，是一个具体事物在人们头脑中的反映，往往是无形的，而且一旦在人们头脑中形成就难以改变。因此，商事主体的地址、建筑物、所处的环境等，都属于商事主体形象的范畴，而正是这些因素往往会使人们对商事主体的商誉产生不同的反响。对于企业地址而言，不仅

仅意味着生产企业的原产地的特定意义，即由特定气候、土壤等因素决定的商品质量的特殊性，而且对服务企业来说，还意味着某一区域所拥有的诸如自然环境、空气质量、消费环境等因素所决定的特定的意义。因此，除了原产地的质量标识意义会成为企业商誉的一个组成部分外，尽管企业地址并不能成为商誉的载体，但服务企业所在地址的变更往往还是会导致其商誉受到一定的影响。表现形式极其复杂的商誉，可以表现为企业与顾客之间形成的对顾客具有特殊吸引力的关系。由于企业地址的变更，必然会使这种具有特殊吸引力的关系受到影响，从而使其商誉受到损害。企业的建筑物对商誉的影响则较为明显。尤其是对于服务企业来说，其建筑物外观与风格对其商誉的影响还是较大的。譬如，对于刚刚开业不久或不知名的酒店来说，如果其外观装潢一看就不像一个酒店，尤其是看上去给人以肮脏的印象，则必然会使顾客降低对该酒店的评价，也就是说使其商誉受到影响。对于知名服务企业尤其是大型连锁企业来说，如果在某一家分店没有按照其传统外观装潢装修，即使其提供的商品与服务质量非常优秀，也往往会导致消费者降低对其认知度，从而使其商誉受到影响。因此，这些企业的建筑物装潢风格就成为该企业的广义上的商业形象，从而使其成为企业商誉的载体。这样，仿冒这些企业的建筑物的装潢风格，虽不至于侵害其商号权、商标权，但能够使其商誉权受到侵害。而商号则不存在这些问题，不论商事主体的地址、建筑物、所处的环境无何，一般不会影响其商号权的正常运用。

从上述的内容可以看出，商事主体的商业形象权同样应当属于商事人格权的范畴，同样应当受到法律的保护。一般来说，侵害商事主体的商业形象权的表现形式主要有：

1、在商事主体的建筑物、标志物表面涂抹带有侮辱、诽谤性的语言、图画或者标志，给企业形象造成不良影响的；

2、在商事主体的产品上涂抹、涂改产品或企业或产品说明书，从而影响企业的销售、声誉的；

3、通过当众侮辱、公然宣扬企业主要负责人或者职工的所谓“丑闻”，而企图贬低、诋毁企业形象或声誉的；

4、其他明显有损于商事主体正面形象的违法行为。

侵害商事主体的商业形象权的主体可以是自然人，也可以是法人；可以是有竞争关系的商业对手，也可以是其他一般自然人或组织。其行为人的主观意识，主要是故意，但是，也不排除过失，譬如轻信他人所言为事实，而加以公然宣扬或者涂写，均为过失。其损害事实的认定，在于首先直接表现为对受害人的社会形象、声誉的评价的降低，其次间接表现为受害人经济能力社会评价的降低，既会造成受害人财产上的损失，也会造成非财产损失，有时两种损失同时发生。因而，由于对于商事主体的商业形象权的侵害结果，会直接造成对受害人形象的毁坏、声誉的降低，所以，侵权者应当承担诸如赔礼道歉、恢复名誉、恢复原状等民事责任的同时，如果给商事主体造成物质损失的，还应当承担一定的物质赔偿责任。可见，侵害商事主体的形象权所承担民事责任的形式与侵害商誉权和商号权是不同的。这也从一个侧面反映了商事主体的形象权独立存在的必要性。

在未来的“商法通则”和“侵权责任法”中应当对商事主体的形象权予以明确规定，以形成对中国商事人格权的全面的保护。

---

1. [美]查尔斯·R·麦克马尼斯著：《不公平贸易行为概论》，陈宗胜等译，中国社会科学出版社1997年版，第59页。
2. 范健、王建文：《商法基础理论专题研究》，高等教育出版社2005年7月第1版，第254页。
3. 同上注，第255页。

4. 范健、王建文：《商法基础理论专题研究》，高等教育出版社2005年7月第1版，第257页。
5. 参见樊涛、王延川：《商法总论》，知识产权出版社2006年1月第1版，第315—319页。
6. 范健、王建文：《商法基础理论专题研究》，高等教育出版社2005年7月第1版，第274—277页。
7. 刘树成主编：《现代经济辞典》，凤凰出版社、江苏人民出版社2005年1月第1版，第886页。
8. [英]戴维·M·沃克：《牛津法律大辞典》，李双元等译，法律出版社2003年版，第479页。
9. 参见梁上上：《论商誉和商誉权》，载《法学研究》1993年第5期。
10. 参见吴汉东、胡开忠：《无形财产权制度研究》，法律出版社2001年版，第523、526页。
11. 参见张新宝、康长庆：《民法通则实施以来人民法院审理侵害名誉权案件的情况、问题和若干对策》，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第8卷），法律出版社1997年版，第526页。
12. 吴汉东、胡开忠：《无形财产权制度研究》，法律出版社2001年版，第528页。
13. 参见冯果：《由封闭走向公开——关于商事信用的若干理论思考》，载《吉林大学社会科学学报》2003年第1期。
14. 范健、王建文：《商法基础理论专题研究》，高等教育出版社2005年7月第1版，第292页。
15. 参见《北京晨报》、《上海青年报》，2003年3月15日。
16. 参见吴汉东、胡开忠：《无形财产权制度研究》，法律出版社2001年版，第543页。

第九章 “商法通则”对商事登记的规范

第一节 商事登记概述

一、商事登记的概念

商事登记往往又被称为商业登记。日本与我国台湾地区的商事登记法即名为“商业登记法”。由于各国在商主体含义与商事登记立法原则等问题上的差异，商事登记的概念在不同国家往往有不同的界定。这种差异主要体现在商事登记的义务人上。根据大陆法系商事登记法的一般规定，可以认为，所谓商事登记，系指的是为了设立、变更或终止商主体资格，依照商事登记法规及其实施细则规定的内容和程序，由当事人将登记事项向营业所所在地登记机关提出申请，经登记机关审查核准，将登记事项记载于商事登记簿，并公之于众的综合的法律行为。

商事登记是对商事经营中重要的或与经营之开展有着直接关系的事项的记载，登记内容和范围在法律上往往受到某种程度的限定。对于经营者来说，并不是相关的所有事项都必须登记，与商事经营无关的事项是不必登记的。就具体内容来说，德国、日本、韩国等国家并未在其商法典中“商事登记”部分予以明确规定，而是在商法典其他部分及其他法律规范中就具体事项予以规定。譬如《德国商法典》第29条规定：“任何一名商人均有义务将其商号和其营业所所在的地点向营业所所在辖区的法院申报商事登记；商人应签署其签名，并注明商号，以由法院保管。”根据中国台湾地区的《商业登记法》第8条之规定，商业开业前必须履行的特定登记事项有：商号名称，组织，经营业务，资本额，所在地，负责人之姓名、住所、出资种类及数额，合伙组织者，合伙人之姓名、住所或居所、出资种类、数额及合伙契约副本以及其他经“中央主管机关”规定之事项。

中国目前尚无统一的商事登记法，但根据中国有关法律的规定，可以认为在中国，商事登记的必要事项主要有：商号、商主体的住所、经营场所、法定代表人、经济性质、经营范围、经营方式、注册资金、从业人数、经营期限、分支机构、所有权人和财产责任等等。

二、商事登记的特征

商事登记法律制度主要有以下法律特征。

第一，商事登记是导致商主体设立、变更或终止的法律行为，其目的在于获得使商主体的资格与能力得以确立或使其发生变化的法律效果。

在绝大多数国家，对一般生产经营者来说，商事登记都是其取得合法主体资格的必要和唯一的途径。但是，一些国家和地区对于“游商”等小商人则无须进行商事登记。如《日本商法典》、《韩国商法》以及原《德国商法典》都规定，小商人无须履行商事登记义务，中国台湾地区《商业登记法》也规定，沿门沿路叫卖之营业等小规模营业无须履行商业登记义务。但对于绝大多数商事主体来说，登记行为是创设、确立与变更商事法律关系的基本要素，属于商法体系中不可缺少的重要的组成部分。

第二，商事登记是一种要式法律行为，必须按照法定要求将法定事项在法定主管机关办理，其行为的内容与方式都必须符合法定要求。

商事登记注册的内容与事项往往由商事特别法以强制性条款的形式规定并具体列明。由于商事活动涉及社会生产的各个领域，必须对其严格监控，因此需要一定的登记程序以维持国家的监管。这样，商事登记就必须严格按照法律规定的有关条件与程序办理，否则不能产

生相应法律效力。在具体形式上，商事登记必须采取规范的书面形式，登记机关不会受理单纯的口头登记申请。商事登记的申请人则必须依照法定程序并采取法定的格式，向法定商事登记主管机关提出申请。

第三，商事登记在本质上是一种私法行为。

从商业登记的概念可知，商业登记是由作为私法主体的申请人之申请登记行为和登记主管机关的审核登记注册和公告行为复合构成法律行为。基于对商业登记所包容的两种行为认识的侧重点不同，中国法学界关于商业登记制度的性质存在着三种不同的主张：其一，认为商业登记本质是一种公法行为，是登记主管机关代表国家意志，以公权力对商事私法行为及其营业状态、主体地位的法律确认，主要体现的是一种国家意志，在性质上属于以公法为主要内容的行政法律行为。[注]其二，认为商法理论所要阐述的，乃是商事法律行为意义上的商业登记，对商事法律行为意义上的商业登记与国家管辖监督意义上的商业登记，必须明确区分，商事法律行为当然是私法行为。[注]其三，认为商业登记制度既具有明显的私法意义上的功能，又具有强烈的公法意义上的功能。[注]

笔者认为，公法行为说显然是受到登记机关的行政机关性质的影响，片面强调国家公权力对设立登记的作用，忽略了一个重要的法律事实，即私权主体旨在创制某种类型商主体的意思表示导致了登记机关登记与否这一效果。将商主体设立登记视为公权力运作的结果，反映了计划经济下行政力万能的观念，必然导致私权主体参与商事活动的自由和权利被国家意志和行政权力所吞噬。这与市场经济条件下商主体设立的目的及其运动规律是相悖的，也无法解释商业登记制度的真正功能。

双重性质行为说认为，设立登记行为同时包含公法和私法属性。设立登记既产生私法上的效果，又产生公法上的效果。即它既基于筹办人的意思表示创设了具有特定能力和资格的私法主体，又由行政机关赋予相对人从事经营的权利和资格。这一结论的理论漏洞在于，人为地将设立登记分裂为登记申请行为与审查登记行为，否认其不可分割、不可或缺的事实。该说是形式主义法律观的体现，故无法解释国家权力为何介入、如何介入商事主体设立行为的问题。

三、商事登记的意义和作用

商事登记对于保障商事交易的安全具有重要意义，具体来说，表现在以下几个方面。

（一）公示交易信息，保障交易之安全，促成迅捷交易

经济学界很早就注意到市场信息及公示对市场交易的影响，以此为基础形成经济学的一个独立分支即信息经济学。信息经济学认为市场具有不确定性，减少市场不确定性的途径是及时获取完全、充分、真实的市场信息，以避免交易的盲目性、降低交易的风险性。但由于现实中存在的市场信息具有不完全、不对称的缺陷—市场信息数量不充足，质量则真假难辨；市场交易双方在占有的信息的数量或质量上不均衡，占有信息较多的一方可以利用其信息优势剥削、损害占有信息较少的一方，且信息作为一种公共物品，生产成本高，消费不具排他性，一般而言私人对信息无力投资或不愿投资，以致信息缺陷问题不能通过市场本身来解决，从而出现了因信息缺陷而导致的市场失灵，极大地影响了市场效率。这时，国家的主动介入和适度干预就非常必要，即国家应作为信息这种公共物品的积极投资者，建立市场的基础信息源，及时提供统一、完全、真实的市场信息，矫正信息缺陷而出现的市场失灵。具体而言，首先，国家以法律的形式对信息的原始拥有者科以信息公示的义务，由专门国家机关对各种信息进行收

集、整理、公开，从而建立统一、权威的基础信息源；其次，国家以法律的形式赋予信息的使用者以自由获取信息的权利，均可随时向基础信息源搜寻、查找相关信息。

商事登记制度在申报事项上有明确而强制的要求，这有助于相关当事人对相关交易主体资源和能力的了解，以便预测待定交易的风险，从而减少交易中意外风险发生的频率，提高交易安全，同时商业登记要求商主体将其商事人格的变动、商事经营状况和法律关系进行登记和公告，显然有助于相关交易主体便利地获取这些信息，从而大大地降低相关主体为调查这些信息而支付的成本，客观上，有助于缩短交易的时间。

（二）商事登记制度有利于商事主体公示自己的经营身份、经营状况、经营能力，确立其商誉

在商事登记制度下，市场交易中之交易相对人就可以根据商事登记确认相关市场交易主体的商事主体地位。在中国，只有经过登记注册领取了《企业法人营业执照》或《营业执照》的经营组织和个体工商户才是合法的市场经营主体。如中国《企业法人登记管理条例》第1条规定："为建立企业法人登记管理制度，确认企业法人资格，保障企业合法权益，取缔非法经营，维护社会经济秩序，根据《中华人民共和国民法通则》的有关规定，制定本条例。"在商事登记中，各国普遍重视商主体经营资产的公示性，特别是公司制企业的资产登记的规定。如《日本商业登记法》对两合公司的登记要求进行"出资履行的登记"，即在因有限责任股东履行出资而进行变更的登记申请书中，须附以证明已进行该项履行的书面材料；对于公司的资本有增加或减少的行为也需作出变更登记。[注]中国相关企业登记法也规定企业开业时应就注册资金登记并在注册资金发生变化时作相应的变更登记。这种登记属于企业资产信息的公示，而该具有公信力的公示能够表明企业在未来交易中履行债务的能力。商誉作为使企业能够被消费者及交易相对人信赖的商业信誉，其本质内涵实为对企业经济能力的社会评价。

因此，由商事登记所确认的企业资产信息对于企业商誉的形成具有重要的作用。此外，商号登记、企业法定代表人的登记、商业负责人特别印章的登记、商主体营业场所及分支机构等信息的登记都有助于增强相关交易主体对特定商主体的信任，为培育和提高商主体的商誉奠定了基础。

（三）商事登记制度有利于交易相对人或社会公众对商主体与经营相关的情况有一个清晰的了解，以维护市场交易的安全。

在市场经济条件下，企业登记管理所承担的市场准入控制和对企业活动进行直接监管的功能是辅助性的，其主要功能和作用是对企业及其活动实行某种间接的监督管理。比如，法律要求企业必须具备法律规定的最低条件，符合该条件才能予以登记；登记机关及时向企业传达法律和政府对企业的各种规定和要求，企业依法报送有关财务会计报表；登记机关将企业登记信息和反映企业经营状况的报表以一定的方式予以公示，使任何人尤其是交易相对人得以查阅；企业经过登记，亦得以其登记事项对抗第三人而寻求法律对其经营活动的保障，从而得以有效维护社会交易安全和当事人的合法权益。当然，商事登记制度维护交易安全作用并非通过登记机关的个案调查与处理实现，而是以公示、公信的方式让市场主体根据其自身知识与经验判断交易相对人的资信状况并自主决定是否成交。这样就以一种公正、公开、高效的政府对企业的间接监督管理实现了对市场交易安全的维护。

（四）便于国家取得统计核算资料，以便实现经济宏观调控措施

通过商业登记制度，可以帮助国家或政府机构更准确地了解全社会商事经济的组织、机构及其经营状况，更便于国家借助公法手段对商事经营活动予以必要的、一定程度的管理和调整。商业登记制度具有复合性的功能，但在现代社会，信息公示并通过其实现确保交易安全则是商事登记制度最为根本的目的和最为核心的功能。随着准则主义在世界各国的普遍采用，商事登记制度的目的也随之实现了由经济

监管向信息公示的转移。明确这一点，对于推行市场化改革中的中国商事登记立法，具有重要的意义。

---

1. 赵中孚主编：《商法总论》，中国人民大学出版社1999年11月版，第151页。
2. 寇志新主编：《商法学》，法律出版社1999年3月版，第64页。
3. 覃有土主编z《商法学》，中国政法大学出版社1999年版，第26页。
4. 参见《日本商业登记法》第75、80、95条。

第二节 商事登记立法概述

一、商事登记的立法体例

商事登记法是指规范商事登记行为，确定商事登记主管机关、登记内容、登记程序等事项，调整商事登记关系的法律规范的总称。

在现代各国商事立法中，商事登记法有形式意义上的商事登记法与实质意义上的商事登记法之分。形式意义上的商事登记法是指以商事登记而命名的统一成文法，如中国台湾地区的《商业登记法》，中国的《企业法人登记管理条例》、《公司登记管理条例》、《合伙企业登记管理办法》、《个人独资企业登记管理办法》、《企业名称登记管理规定》、《企业法人法定代表人登记管理规定》等。实质意义上的商事登记法是指调整商事登记行为的法律规范的总称，即指一切与商事登记相关的法律规定。它不仅包括以商事登记命名的专门法律，而且包括散见于其他各种法律法规之中的有关商事登记的规范。如：公司法中关于公司登记的规定，保险法中关于保险设立、经营的登记规定，银行法中关于银行设立经营的登记规定，证券法中关于证券机构设立、经营的登记规定等等，均属于实质意义上的商事登记法。在不同法系的国家中，它还不同程度地包括与商事登记相关的法律解释、判例规则和习惯性规范。在中国，实质意义的商事登记法，除前面列举的形式意义的商法之外，还包括《民法通则》、《公司法》、《合伙企业法》、《乡镇企业法》、《商业银行法》、《保险法》、《证券法》、《城乡个体工商户管理暂行办法》、《城乡集市贸易管理办法》等法律法规之中关于商事登记的有关规定。

从世界的角度看，当代世界各国商事登记法的立法体例主要分为以下三类：

其一，是由商法典规定商事登记制度。如《德国商法典》第一编第二章、《日本商法典》第一编第三章、《韩国商法》第一编第六章等都是关于商事登记制度的专门规范。

其二，是由商事的登记专门法规定商事登记制度。如日本在其《商法典》之外，另于1963年制定有专门的《商业登记法》，对商事登记制度作出详细的规定，以补充商法典之规定。法国在废除了其《商法典》第一卷第四编中关于商事登记的规定之后，颁布了《商事及公司登记法令》作为商事登记专门法。瑞士在其作为《民法典》组成部分的《瑞士债法典》（《瑞士债务法》）第33章关于“商事登记”的专门规定之外，又另行颁布了《商事注册条例》作为商事登记的专门法规。在中国台湾地区，也制定了专门的《商业登记法》。中国既未制定商法典也未制定集中规定商事登记的专门商事登记法，但制定了上述的一系列商事登记单行法规，作为商事登记的专门规定。

其三，是由相关企业法规定。在英国与美国，并未就商事登记制度专门立法，而是在相关的企业法中予以规定。英国是由各相关公司法规定，美国是由各相关社团法规定。

二、商事登记制度的立法原则

现代各国的商事登记法可以分为强制登记与任意登记主义立法例。在采取强制登记主义的国家中，只有依法履行了商事登记程序才能取得商事主体资格和商事能力；未经商事登记者则不具有商事权利能力和行为能力，不得从事任何种类的商事活动，否则就要受到法律的制裁。如《意大利民法典》第2195条第1款规定：“从事下列经营活动的企业主应当履行登记义务：（1）直接从事生产性或服务性产业活

动的企业；（2）从事财产流转中的中介活动的企业；（3）陆上运输、水上运输或者航空运输企业；（4）银行业或者保险业；（5）从事上述行业的其他辅助性活动的企业。”第2194条同时规定：“对于未按法律规定的方式和期限进行登记之人，给予2万里拉至100万里拉罚款的行政处罚。”[注]中国《企业法人登记管理条例施行细则》第2条也规定：“具备企业法人条件的全民所有制企业、集体所有制企业、联营企业、在中国境内设立的外商投资企业（包括中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业）和其他企业，应当根据国家法律、法规及本细则有关规定，申请企业法人登记。”该法第4条还规定：“不具备企业法人条件的下列企业和经营单位，应当申请营业登记：（一）联营企业；（二）企业法人所属的分支机构；（三）外商投资企业设立的分支机构；（四）其他从事经营活动的单位。”而《企业法人登记管理条例》第3条第2款则规定：“依法需要办理企业法人登记的，未经企业法人登记主管机关核准登记注册，不得从事经营活动。”

在采取任意登记主义的国家中，要从事商事经营行为，原则上也必须履行商事登记程序，但法律规定某些商事经营行为无须履行商事登记程序或者可以事后履行登记程序，即使始终未经登记者也不否认其商事主体资格与能力，只是对其予以一定限制而已。具体来说，往往表现在以下三个方面的原则：

其一，偶尔从事非连续性营利活动的当事人可以不履行商事登记程序，但是对他们可以直接适用民法的一般规定；

其二，从事商事经营活动的当事人可以先行开展经营活动，然后再履行商事登记程序；

其三，法律规定未经商事登记者不得以商人资格对抗善意第三人，但未将商事登记作为取得商主体资格与能力的要件。

近代各国曾经长期实行过任意登记主义，但随着市场经济的发展和国家对商事领域干预的加强，为维护市场经济的正常秩序，现代国家立法逐渐趋向于采取强制登记主义。譬如，由于欧共体一些成员国过去没有登记制度，不能提供公司的资金、债务等情况，使其他成员国同该国贸易的交易安全的维护受到影响，因而欧共体在其1968年调整各国公司法的指令中，以第一项的显著位置规定了登记制度。该项规定的主要内容要求：各成员国应建立登记机关；各成员国的公司应当登记；登记机关应提供咨询服务。

各国在法律上虽不将商事登记作为商事主体资格或能力取得之逻辑前提，但未经商事登记者从事的营利性营业活动不具有对抗善意第三人的效力，从而促使商主体主动履行商事登记程序。如《瑞士债法典》规定："登记所需之事实未能进行登记的，不得以之对抗第三人，但有明确的公告证据的除外。"[注]

强制登记并非所有商主体的义务，而是针对不同类型的商主体区分对待。譬如，在大陆法系国家，股份有限公司与有限责任公司都必须履行登记程序，否则不能成立。即使是在采任意登记主义的瑞士，也明确规定，股份有限公司与有限责任公司必须在其住所地的商事登记机关进行登记。[注]在英美法系国家，公司（英国）与社团（美国）登记也具有强制力。但就商事合伙来说，在法国与德国，属于合伙性质的无限公司与两合公司都必须登记注册，[注]而按英美法的规定，合伙的注册则是任意性的。此外，原《德国商法典》第4条、《日本商法典》第8条、《韩国商法》第9条都规定，商事登记对小商人不适用。

可见，不管是采任意登记主义还是采强制登记主义，现代各国基本上都实行了商事登记制度。但从立法内容上看，由于立法基点不同，各国商事登记制度所奉行的立法原则则不尽相同。具体来说，主要可以分为以下三种。

第一，行政核准原则。依此原则，商主体的设立不仅应符合法律规定的条件，还需经行政机关许可，行政机关可以根据实际需要作出自由裁量的决定。现代国家一般只在少数需要特殊控制的领域仍然采用这一原则。

第二，准则原则，亦称登记原则。在这一原则下，法律对于商主体的设立预先规定一定的必要条件，只要符合这些条件，无须经过行政机关的核准即可获得商主体资格。这一原则大大简化了商事主体的设立条件与程序，适应了现代商主体大量存在并经常变更的现实需要。但这一原则也有弊端，如果法律对商事主体设立的必要条件及其责任规定不够详细与严谨，则极易产生法律漏洞，不利于交易安全的维护。

第三，严格准则原则。与准则原则相同，根据这一原则，法律预先规定商事主体设立的必要条件，只要符合这些条件，无须经过行政机关的核准即可获得商事主体资格。但为了维护交易安全与保障社会公共利益，法律同时规定了商事主体及其设立人的严格责任，使之承担因不法设立的商主体而产生的责任。由于该原则既保留了准则原则的优点，又有效地克服了准则原则的缺陷，已在绝大多数国家与地区得到采行。

在当今各国的商事登记立法中，多数国家根据商主体种类的不同，尤其是根据商事经营业务或行业之差异，分别适用不同的立法原则。一般来说，对于从事矿产业、邮政交通业、烟草业、金融保险业、证券业等行业的商主体的设立，多采用核准原则，其他行业则多采用严格准则原则。

此外，在各国的商事登记立法中，还存在着诸如自由设立原则和特许原则等。前者亦称放任设立原则。依此原则，法律对商主体不规定任何条件和形式要求，对当事人设立企业的自由选择不予任何干涉和限制。这一原则流行于欧洲中世纪后期商业兴盛时期。由于这一制

度完全否定政府对商事登记管理的必要性，具有明显的弊端，现在已基本不被采用。后者规定商事主体的设立须经国家专门立法或国家元首的特别许可。早期欧洲国家将商人视为一种特权阶层，商人须获特许状方可经营，即实行特许原则。尤其是公司设立更是明显地奉行这一原则。由于这一原则对商事主体设立采取遏制甚至禁止的态度，干涉、限制过多，严重影响了商事交易的发展，现代立法几乎没有采用者。

---

1. 《意大利民法典》，费安玲、丁枝译，中国政法大学出版社1997年版，第544页。
2. 《瑞士债法典》第933条第2款。
3. 《瑞士债法典》）第640条、780条。
4. 参见《德国商法典》第106条、162条。

第三节 对完善中国现行商事登记制度的思考

一、中国商事登记立法存在的主要问题

具体来说，中国的商事登记立法存在以下几个问题。注

1、法规重叠、体系混乱

中国现行的商事登记法律法规既有实体法的规定，也有专门的商事登记立法规定。前者表现为《公司法》、《中外合资经营企业法实施条例》、《私营企业暂行条例》等，后者则诸如《企业法人登记管理条例》、《公司登记管理条例》、《合伙企业登记管理办法》等专门性的登记法律文件；既有关于企业的登记管理立法，也有关于个体工商户登记的立法。而单就企业登记管理立法而言，既有有关企业法人登记的一般性法规，如《企业法人登记管理条例》，又有特别针对不同企业形式的特别规定如《公司登记管理条例》、《合第伙企业登记管理办法》，还有以登记中专项问题进行规制的部门规章，如《企业名称登记管理规定》、《企业法人登记公告管理办法》、《企业登记程序规定》、《企业经营范围登记管理规定》、《公司注册资本登记管理规定》、《企业名称登记管理实施办法》，等等。从这些纷繁复杂的立法可以看出，中国现行的商事登记立法存在着严重的重叠性，其体系之混乱在中国诸项法律制度中也是少见的，这成为现行商事登记制度发挥其固有作用的严重阻碍。

2、法规存在盲点、漏洞和空白

中国现行的商事登记立法一方面表现为法律法规重叠，另一方面又出现了盲点、漏洞和空白。譬如，因商事登记机关的错误，致使商

事登记公告不实或者造成交易相对人或第三人利益的损失，这种损失谁负责任？中国现行的《公司登记管理条例》第81条和82条虽然规定了公司登记机关的责任，即公司登记机关对不符合登记申请条件的公司登记申请予以登记，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分。但此条规定缺乏可操作性，而且法条设计本身就比较简陋，没有针对交易相对人或第三人利益，使得这样的问题实际上"无法可依"，出现了立法上的"真空"。

又譬如，在中国现行商事登记簿的管理和公示问题上，亦存在着同样的问题。中国1988年颁布的《企业法人登记管理条例》，根本未对相关文件的管理及对外使用的问题作出规定，1994年的《公司登记管理条例》虽设有专章"证照和档案管理"，但基本内容则大多数是对营业执照的管理问题，而且对这个问题也只有第66条做了规定：借阅、抄录、携带、复制公司登记档案资料的，应当按照规定的权限和程序办理。1997年的《合伙企业登记管理办法》和2000年的《个人独资企业登记管理办法》中对此均没有相关的规定。

3、法律法规相互之间存在着矛盾

中国现行的商事登记立法上法律法规相互之间存在的矛盾表现在以下几方面：

首先，法律文件之间存在着整体上的不协调性。如针对公司登记发布了《公司登记管理条例》，但1988年的《企业法人登记条例》又未因此而废除，两个法律文件之间的关系也没有明确。其实，企业法人含纳了公司这种商事法人形式。

其次，不同法律文件确立的具体规则、制度相互矛盾。如1991年5月6日国务院批准、1991年7月22日经国家工商行政管理局发布的《企业名称登记管理规定》第16条规定：企业有特殊原因的，可以在开业登记前预先单独申请企业名称登记注册。而现行的《公司登记管理条

例》第17条第1款规定：设立公司应当申请名称预先核准。二者明显地存在着矛盾。

4、法律位阶普遍较低

中国现行的商事登记立法多以实施细则、办法等形式出现，其中属于法律这一位阶的却屈指可数，而行政法规部门规章和地方立法构成了商事登记立法的主要组成部分。在制定主体上，既有全国人大常委会的立法（如《公司法》），又有国务院的行政法规（如《公司登记管理条例》），还有国家工商总局的部门规章（如《企业名称登记管理规定》）。这不仅极大地影响了商事登记立法应有的权威，而且成为某些地方的利己工具。

5、差别待遇现象严重且程序极不统一

在实践中，由于商事登记法规的规定不统一，不同的商事主体被不平等对待，严重损伤了商事主体依法履行登记义务的积极性。而实体规定与登记程序时有结合时有分离的状况，增大了登记官员操作登记的难度，也势必影响到登记工作和申请人的办事效率。例如，有限公司登记实行准则主义；股份公司、全民所有制企业、集体所有制企业则以行政审批原则为核心，采许可主义；外商投资企业也以商务部的特许为前提，同样适用许可主义。正是由于中国商事登记法以不同商事主体为切入点分别立法，所以在登记程序上必然呈现不尽一致的特点：

首先，登记程序不统一，个体工商户和有限责任公司并没有将公告作为商事登记的必经程序。

其次，受理审查期限不统一，个人独资企业以收到申请文件之日起15日为法定受理审查期限，其他商事主体的受理审查期限则以30日为限。

再次，法人的公告，按照《企业法人公告管理办法》，应由工商行政管理部门发布，而《公司法》及《公司登记管理办法》却要求股份有限公司自行发布。而且，商事主体的年检制度将个体工商户排除在外。

很明显，这样的商事登记制度不可能更好地为商事主体服务。这是对市场经济基本精神的直接背离，也与中国已经加入世界贸易组织，并承诺实行"国民待遇原则"的国情不相符。

二、中国商事登记制度的完善

（一）对中国商事主体取得商事主体资格的前提条件完善

在中国，长期以来，商事主体取得法人营业执照或营业执照是其取得商事主体资格的凭证，执照的签发日期就是公司商事主体成立的日期。经过登记主管机关依法核准登记并发给企业法人营业执照或营业执照，商事主体的设立才算得到法律的确认，商事主体的设立程序正式完成。经此程序设立完成后的企业才正式成为具有商事能力，能够依法享有权利和承担义务的商事主体，并可以其商号名义到银行开立账户、签订合同、注册商标、刊登广告等。

然而，在国外，这种商事主体资格以营业执照为凭证的做法极其罕见，基本上除登记外都不需要任何凭证，或者仅以设立证书或注册证书为商事主体资格取得的凭证。即便是在需要颁发营业执照才能营业的情况下，营业执照也仅为商事主体取得营业资格的凭证。如英国《公司法》对设立证书和营业执照做了规定。但"从公司的设立证书上载明的日期起，公司开始作为一个法人实体而存在，并且可以立即行使设立的公司的各种功能。"封闭式公司从存在之日起即可营业；设立时即为开放式公司的，则必须取得营业执照才能开始营业。"设立证书不仅是公司的诞生证书"，"也是一个公司被授权注册的最终证据"。如

果条件满足，登记机关必须发给设立证书，否则法院可以强制命令颁发。然而，在实践中，营业执照的颁发实则极其罕见。这是因为开放式公司经常在开始时作为一个封闭式公司而设立，然后再将其转变为开放式公司。封闭式公司从成立时起就能开始营业，并且其日后转变为开放式公司后也不需要颁发营业执照。因此，英国的立法机构也认为应当取消这种差别做法。

中国已经于2004年改变了这种僵化的做法，其标志就是2004年颁发的《企业登记程序规定》。依其第16条之规定，企业登记机关作出准予公司设立登记的，应当出具《准予设立登记通知书》，告知申请人自决定之日起10日内，领取营业执照；作出准予公司变更登记的，应当出具《准予变更登记通知书》，告知申请人自决定之日起10日内，换发营业执照；作出准予公司注销登记的，应当出具《准予注销登记通知书》，收缴营业执照。公司登记机关作出不予登记决定的，应当出具《登记驳回通知书》，注明不予登记的理由，并告知申请人享有依法申请行政复议或者提起行政诉讼的权利。由此，中国也废除了实行了多年的商事登记以营业执照为凭证的做法，改采《准予设立登记通知书》为商事登记的凭证。不过，领取营业执照仍为企业获得经营资格的先决条件。这样，营业执照虽然与企业主体资格的确认相分离，但仍然属于商事登记过程中或过程后的必经程序。在商事登记与前置审批（许可）程序的关系方面，《企业登记程序规定》第7条第2款已明确规定："涉及法律、行政法规和国务院发布的决定确定的企业登记前置许可项目的，申请人应当提交法定形式的许可证件或者批准文件。"依此，前置审批（许可）并非商事登记的程序，而只是涉及该项目时的先决条件。这种关于商事登记效力的变革确实具有重大的积极意义。但是，为了强化商事登记的功能，在未来的《商事登记法》中，还应更进一步明确规定商事登记为商事主体成立并有权开始营业的标志，营业执照的事后颁发仅作为一种主体资格的明确证明，而不应作为商事主体取得营业资格的标志。

（二）对中国现行的年检制度的完善

世界各国大多确立了企业年检制度，但基本上只作形式审查。如，澳大利亚和新西兰都对公司设有年检制度，负责对股东、经营地点等注册事项的变化进行年度检查，对开放式公司、证券公司、海外发行公司的经营情况（通过财务会计报表）进行形式审查并向社会披露。封闭式公司的经营情况不要求向社会披露，故其年检时不必提交财务会计报表。合伙企业的年检有相应的地方政府登记主管部门负责，只需提交一份年检报告表即可，要求较为宽松。独资企业则未实行年检制度。在年检方式上，澳大利亚原本实行与中国相似的集中年检制度，在每年的8-10月集中进行，但现已对公司年检方式作了实质性改革。现行制度为：由公司登记机关在年检期间内，通过网络或邮寄方式，将公司年度报告表发送给企业，有关事项若有变化，企业直接在表格上修改后发回登记机关，若无变化则不必回应。企业如实申报和在规定期间内未作回应，都视为通过了年检。但若公司注册事项发生变化却未予申报，将以商业欺诈罪追究公司代表的刑事责任。因此，这种简单便捷的方式不仅简化了程序，降低了年检成本，而且还因其严厉的法律责任规定而具有实质性监管作用。新西兰公司年检实行周年年检，也主要通过简便的网络方式实施形式审查。因此，中国的年检制度需要作实质性的改革，既要使之成为关于企业能力的实质性监管措施，又要简化程序，降低登记主管部门与企业的年检成本。为此，可以逐步推行企业年检“审核合一”制及网上办公制度。为减轻企业负担，对于长期遵纪守法，连续数年无违法违规行为，经营状况良好，商誉较高的企业，甚至可以试行免检制度。

1、中国现行年检法律制度的缺陷

中国现行年检法律制度在本质上是以企业经营活动的检查和对企业继续经营法律主体资格的确认。但是，中国现行的年检制度已严重滞后于实践的发展，其立法理念上存在错位：注

（1）将年检法律制度定位于确认企业继续经营的主体资格，有悖于公司、企业的实体法律规定和基本的法理原则；有违市场经济条件下，企业经营活动的客观需要。根据法律的相关规定，登记机关核准设立登记发给营业执照之日，公司、企业成立，登记机关核准注销登记之月，公司、企业终止。

上述有关公司、企业成立和终止的法律规定表明，公司、企业的法律主体资格，亦即企业经营权利能力，始于核准设立登记发给营业执照之日，终于核准注销登记之时。公司、企业在领取营业执照后，登记注销前，其经营资格受法律保护。行政法规、规章规定通过年检方式，对企业继续经营资格的确认，有悖程序法确保实体法施行、下位法遵守上位法的基本法律原则，有违《立法法》的有关规定，其错位之处不言而喻。此外，在市场经济体制下，经济活动的交易双方均希望交易主体的稳定和透明，以确保交易的稳定、安全、有序、效率，以实现成本与效益原则。现行年检确认企业继续经营资格的法律定位，将全社会企业的经营主体资格、经营的权利能力处于公共权力经常干预的境地，对全社会企业经营主体的稳定性造成损害和破坏，有违市场经济发展的客观要求。

（2）将年检对企业的有关登记事项的审查，扩大定位于对企业经营活动的检查，没有充分的法律依据，违反依法行政的原则，浪费行政管理资源，损害了企业经营的法律环境，增大了企业、公民创业和就业的经济成本，对社会经济活动的发展弊大于利。

依据行政法规的规定，登记机关在年检时，根据企业提交的年检报告等年检材料，对与登记事项有关的情况进行审查。企业的登记事项，依据公司、合伙企业、个人独资企业、三资企业的不同形式，行政法规对此有不同的要求，要涉及企业名称、住所、法定代表人、股东或投资人、经营范围、注册资本等登记事项。但是，《企业年度检验办法》明确规定年检是对企业的检查，企业的生产经营情况作为年

检内容之一，要求公司（三资企业除外）提交年度审计报告，划分A级与B级企业，限制B级企业的民事权利能力和行为能力等。年检制度的这种行政权利扩张，意味着管理成本和企业成本的提高，也意味着行政管理资源的高消费，同时也将大大提高企业的经营成本。近年来，在中国吊销企业的数量与新开办企业的数量大致相当。按人们开办一家企业的成本（含人工）约需2000元到5000元的粗略估算，每吊销一万家企业就有2000万元至5000万元的经济损失，则其社会经济损失又是无法以数字来计算。

2、对完善中国现行的年检制度的思考

由此可知，中国现行的企业年检法律制度，其模糊不清及缺乏科学定位的行政管理目标和高昂的行政管理成本，已不能较好地适应社会经济的发展需要，急需改革。

首先，改变企业年检制度的理念。

应将企业年检制度定位于企业活动的信息收集和统计，确保企业在市场上的透明度，确保经济交易稳定、透明、安全的目标，减少政府公权力对合法正常的民事活动干预。降低行政管理成本和企业经营的法律环境成本应该成为企业年检法律制度改革的战略目标。

其次，以企业依法自行申报代替现在的审查制度。

以企业依法自行申报代替现在的审查制度进行年检备案的方式应该是一条可取的途径，应当给予商事主体通过努力、诚信经营而恢复信用的机会，交易安全问题应该通过商业登记信息的公开、公信及其制度化保障，将矛盾交由市场主体自行回避和化解，未必一定要令商事主体在此情况下丧失主体资格，否则会引发众多无效的法律关系，既不利于商事主体及其活动的正常延续，也不利于交易安全和社会经济的发展。

（三）中国商事登记程序的完善

为了改变中国商事登记程序的繁复性，各地工商行政主管部门已经自行实施了简化商事登记程序的改革。其中，具有推广意义的主要有得到较为普遍推行的“一审一核”制，以及通过“非禁即可”的解释梳理并减少企业登记的前置审批事项。这种改革方案已在江苏、吉林、四川、山西、海南、上海、天津、重庆、等省（直辖市）以及大连、济南、武汉、佛山、泉州、温州、宁波、绍兴、芜湖、宣城等地级市得到了实施。在上海、湖州等地对外商投资企业也实行了“一审一核”制。所谓“一审一核”制，是指将除涉及前置审批以外的企业登记事项报经登记主管机关有资格的受理审查员依法受理审查，报经核准员予以核准或驳回后，即发生法律效力的企业登记注册审核制度。它将企业登记注册的受理、审查、审批、核准简化为“审查、核准”两个环节，从而大大缩短了企业登记注册的时间。譬如，天津市在2004年实行“一审一核”制后，办结所有注册登记手续的期限，由工商部门以前承诺的10个工作日进一步缩短为3至4个工作日[注]；武汉市在实行”一审一核”制后，个体执照发照时间由原定的30天缩短为3个工作日，企业名称预先核准由法定的10天缩短为1个工作日，企业设立、变更、年检登记发照由法定的30天缩短为7个工作日。[注]为了方便投资者办理商事登记手续，各地还普遍建立了“首办责任制”（或称“首问责任制”、“首接责任制”），如陕西省工商局于2002年出台了《关于实行企业登记注册首办责任制》的文件。依其规定，首办人为当事人在工商登记窗口办理事务时，第一接待及承办该事务的工商行政管理人员。对不属于本窗口的事务，首办人应告知当事人承办该事务的登记窗口的准确位置；对属于本窗口的事务，首办人应按照岗位职责的规定，明确告知当事人该事务的办理程序和要求，在职权范围内对当事人递交的申请材料予以审查和办理[注]。这些诸如“首办责任制”、“一审一核”制等各地方创立的好的经验和做法，很有必要通过明确的国家的立法使之制度化。

（五）关于商事主体的经营范围

商事主体的经营范围一直是中国商事登记制度的重要事项。中国《民法通则》第42条规定：企业法人应当在核准登记的经营范围内从事经营活动。中国《公司法》第12条第1款和第2款规定：公司的经营范围由公司章程规定，并依法登记；公司的经营范围中属于法律、行政法规规定须经批准的项目，应当依法经过批准；公司可以修改公司章程，改变经营范围，但是应当办理变更登记。《公司登记管理条例》第22条规定：公司申请登记的经营范围中属于法律、行政法规或者国务院决定规定在登记前须经批准的项目的，应当在申请登记前报经国家有关部门批准，并向公司登记机关提交有关批准文件。该条例第73条还规定：公司登记事项发生变更时，未依照本条例规定办理有关变更、登记的，由公司登记机关责令限期登记；逾期不登记的，处以1万元以上10万元以下的罚款。其中，变更经营范围涉及法律、行政法规或者国务院决定规定须经批准的项目而未取得批准，擅自从事相关经营活动，情节严重的，吊销营业执照。在修改这两个法律、法规之前，2001年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第10条曾规定：当事人超越经营范围订立合同，人民法院不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外。由此可见，这些规定都是对中国传统越权绝对无效原则的突破。中国现行的《合同法》采用的是越权相对无效原则。这是中国立法顺应国际潮流，努力与国际惯例接轨的重要表现。

在市场经济发达的西方诸国，无论是大陆法系的国家还是英美法系的国家，在这一问题上大都采用相对无效原则。“经营范围”在有些国家被称为“法人目的”。在日本，最高法院的一起判决中对”经营范围”是这样定义的：经营目的包括所有为了实现经营目的而直接或间接的必要的行为。在法国，1960年的《法国商事公司法》规定：公司章程对经理的权利有限制时，此项限制不能对抗第三人，经理实施公司

目的范围外行为时，由公司承担责任。1989年的《英国公司法》规定：公司能力不受其章程限制，公司所实施的行为的有效性不因其章程缺乏权力而被怀疑。在美国，1991年的《美国示范公司法》规定：除非公司章程做出限制，公司的业务范围是从事任何一项合法的业务；成立公司的目的可以是任何合法的目的。澳大利亚、新加坡两国企业登记部门在企业登记中亦不核定经营范围，从而使其具有很大的经营活动空间。中国香港地区公司章程大纲中也允许公司经营公司董事会认为可以对公司现时业务有裨益的一切事务。

可见，在商事登记立法中的经营范围问题上，采取越权相对无效原则，已经成为西方发达国家的共识。面对这一国际潮流，国内学者有不同的观点。一种观点是不赞成目前有些地方立法中关于对经营范围不做直接概括的规定，认为这很不严肃，因为企业总归要有它的经营范围。西方国家营业活动范围就规定得很详细，超出经营范围就是越权。注另有一种观点认为：除了国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定对于经营范围的特殊要求以外，其他商事主体在登记事项上没有必要对经营范围有所限制。注

笔者认为，对商事主体经营范围既不能限制得过死，也不能完全放开，最好的方法就是在商事登记簿上登记商事主体的主要经营范围。变更经营范围时，毋须进行变更登记，只需在公司的章程中予以变更即可，但变更的公司章程一定要以一定的方式进行公示，如通过报刊或者网站等方式。不依一定方式进行公示者则视为违法。这样，不仅可以使社会公众及交易相对人或第三人了解商主体的经营范围，而且更为重要的是与现代市场经济的理念契合，并避免登记机关干预企业自主经营的嫌疑，同时，亦与商事登记之基本理念及政府公共服务的职能遥相呼应。

（六）关于商事登记立法的主体范围

在大陆法系国家（如德国和日本），他们对商事主体（商人）的划分是比较明显的。他们把商主体划分为法定商人、应登记商人、自由登记商人、形式商人、拟制商人、小商人、表见商人和其他类型的商人。由于中国的商事主体（商人）制度尚未全面建立，故在中国到底何谓“应登记商人”、“自由登记商人”、“小商人”等尚不明晰。但大多数商法学者认为，商事主体是以商法的规定为前提，以自己的名义、自己的经营活动实施商事行为的组织和个人。在这里争议最大，也是最难以界定的就是关于商事个人的商事登记问题。

一般认为，中国的商事个人主要包括个体工商户、农村承包经营户和个人独资企业。个人独资企业要进行商事登记已经成为了共识。那么，作为中国特有的个体工商户和农村承包经营户，他们作为商事个人需不需要进行商事登记呢?

首先是个体工商户。这里的“户”的基本含义是指工商登记上的户。也就是说，个体工商户的资格只有经过登记才能够取得。进行商事登记是个体工商户取得商事资格的惟一标准。

其次是农村承包经营户。农村承包经营户的本质特征：一是必须是农村集体经济组织的成员；二是必须按照“承包合同”从事商事经营活动。因此，由于其商事主体的设立、变更、终止资格毋需进行专门的商事登记，而仅按照“承包合同”进行即可，所以，应当将其称之为任意商人。这主要是指从事农业、林业的场主及其从事附属行业的经营时，如包装、搬动及农林产品加工等，如需要以商人方式进行经营活动时，他可以自己选择是否在商业登记簿上注册登记，如登记了就是自由登记商人。注也就是说，如果他们需要以商人方式进行商事活动时，可以自己在商业登记簿上注册登记；如果不需要以商人方式进行商事活动时，他们就可以不在商业登记簿上注册登记，是否登记是他们享有的选择权。这样的归类和划分就为中国未来的《商事登记法》的主体范围提供一个可资借鉴的方案。

最后，是关于从事小商品买卖的人。一般认为，这些从事小商品买卖的人是指毋须建立一套完整的商事机构，亦毋须一整套保护经营权利的措施且经营规模和范围都比较小的商人。常见的有：走街串巷的“货郎”，手艺匠人（如农村中比较普遍的铁匠、木匠、泥匠等），街头临时设点的“摊商”，晚间摆“地摊”的下岗和失业人员，等等，笔者将他们统称为“游商”。这里的问题是，这些从事小商品买卖的人到底是否属于严格和实质意义上的“商人”？他们是否应该受到《商事登记法》的规制？国内学者对这个问题的看法不尽相同，中国立法对此也不是非常明确，从而也就出现了立法上的真空。在国外，尤其是在典型的大陆法系国家，他们把这些人称之为“小商人”，但对于以什么标准来界定小商人，各国的规定又不尽相同。如日本法律规定，在公司以外的资金不足2000日元的商人称之为小商人。同时，《日本商法典》第8条规定，商事登记不适用于小商人；德国以经营范围的大小和纳税义务来确定是否属于小商人，如果没有纳税义务，还可以其他的标准来确定。同时，《德国商法典》第4条亦规定，商事登记不适用于小商人。同时，德国在其1998年商法典的修订中，甚至还取消了小商人的概念，规定小规模经营者可以通过自愿登记取消商人资格；中国民国时期的法律规定，资金在1000元以下的为小商人；中国台湾地区现行的《商业登记条例》亦规定，对于沿门沿街的叫卖者、于市场外设摊营业者、家庭农林渔牧者、家庭手工业者及其他主管机关所规定的小规模经营者，可免除商事登记。笔者认为，他们“只是简单的自然人从事经营，这些人从事经营活动大多数是试图通过自己的独立行为维护个人和家庭生活，在很大程度上仅具有就业的意义”。[注]所以，笔者认为，这些小商人亦应该借鉴典型大陆法系国家关于“小商人”的规定，将其称为“小商人”或“临时商人”，他们亦应属于商事主体的范畴。对于此类商人，毋须登记，只需要纳税或者交纳一定数额的管理费用即可。

综上所述，笔者赞同以下观点：个体工商户因为必须经注册登记才能取得营业资格，故其受商事登记法的规制当属无疑；农村承包经

营户是否登记，选择权在农村承包经营户而非国家；从事小商品买卖的小商人，对其毋须注册登记即可营业，但应对其征收少量的税赋。注

（七）关于商事登记机关的权力和义务问题

对于商事登记机关的权力和义务问题，这里主要涵盖了商事登记机关的审查权和商事登记机关的责任两个问题。

1、关于商事登记机关审查权的内涵问题

综观世界各国的立法和学说，对于商事登记机关的审查权限，主要有三种主张，即形式审查主义、实质审查主义和折衷审查主义。所谓形式审查主义，是指商事登记机关仅就商事登记申请人提交的申请书及相关文件的合法性进行形式上的核对。至于商事申请人登记事项的内容真实与否，在所不问；所谓实质审查主义，是指商事登记机关不仅要从形式上审查登记内容是否合法、有效，而且还要从实质上证明商主体所登记的事项具有真实的效力；所谓折衷审查主义则是指“登记主管机关有实质审查的职权，但没有必须进行实质审查的义务，登记不能作为推定已登记事项为真实的基础，其证据力如何，仍须有法院的裁判来决定”。注

中国现行商事登记立法中采取的是实质审查主义的立法模式。譬如《中华人民共和国企业法人登记管理条例施行细则》第55条第1款第2项规定，登记主管机关应当“审查提交的文件、证件和填报的登记注册书的真实性、合法性、有效性，并核实有关登记和开办条件。”《公司登记管理条例》第23条规定：公司章程有违反法律、行政法规的内容的，公司登记机关有权要求公司作相应的修改。

但是，实质审查主义存在着巨大的弊端和缺陷。

（1）有悖于商事登记法的基本价值取向。安全和效率是商事登记法的基本价值取向，而“效率优先，兼顾公平”也已成为现代商法所追求的基本理念。在商事登记立法中实行实质审查主义势必使得商事登记主管机关降低商事登记效率，从而不利于商法基本理念的实现，也不符合商法现代化的趋势。

（2）现行商事登记立法的实质审查流于形式，实际操作性不强。

（3）现行商事登记立法的实质审查形式，极易导致商事登记机关与商事登记人员滥用职权，带来了诸如权力寻租等一系列腐败现象，从而不利于有限政府理念在商事登记领域的实现，也不利于廉政建设。

西方国家普遍实行形式审查主义的立法模式。例如，法国公司法规定：法院书记官的责任是审核登记要件是否齐备，申请中所记载的事项是否符合法律要求，是否与证明材料和附件相一致。法国《关于商事及公司登记的法令》第30条规定：法院书记官以其个人责任核实所提供的申请是否符合正常手续。日本的《商业登记法》也不要求登记宫对登记资料行使审查其合法性和真实性的职能。英国公司法设立了登记制度的规定，登记机关只负责形式审查，实质情况由股东和董事、经理承担责任，会计师和律师承担连带责任。美国法律规定：登记机关对公司提交的申请及有关文件资料，只进行形式审查，即审查是否按公司法的规定提交了必须的文件资料；至于这些文件资料是否真实、内容是否合法等实质审查，不是登记机关的事情，而是当事人自己或其委托的代理律师的事情。

可见，在建立了成熟市场经济体制的西方各国，商事登记审查制度上基本上实行的是形式审查主义的模式。但是，笔者认为，这样的审查立法模式是不适合中国国情的。因为，西方诸国所采用的形式审查主义立法模式，是与上述国家完善的经济体制、健全的商事信用体系、强大的电子信息网络密不可分的。如果中国实行这样的立法例，

在实践中，必然导致商事主体乱设、滥设问题。因此，笔者认为，折衷审查制才是符合中国国情。这是因为：

首先，折衷审查制兼顾了商事登记制度效率与安全兼顾的基本理念。

效率固然重要，但商事登记的交易安全亦不容忽视，我们必须在效率与安全之间寻求完美的和谐，找到契合之处，以求得社会之和谐。

其次，折衷审查制的优势集中表现在：商事登记机关只享有实质审查的权利而不负有实质审查的义务，而且在一般情况下，商事登记机关只需对申请设立的商主体所提供的各项必要文件、证件和材料进行形式审查，看文件材料是否规范、所载事项是否齐全等，毋须对登记内容的合法性、真实性和有效性进行审查，只有在登记机关就申请登记事项产生疑问或其他商事申请人或第三人提出异议时，才开始依职权实行实质审查。显然，这样的审查模式符合了有限政府的理念，同时又为政府职能在商事登记领域的转变奠定了基础。

关于如何具体操作此种模式的商事登记审查制度，我们可以借鉴《行政许可法》的有关规定，即将审查核准方式分为两种：当场核准和事后核准。当场核准者，即指商事登记机关在申请人提出申请的办事机构中当场核准商事登记事项。对于事后核准，可以借鉴法国《关于商事及公司登记的法令》第31条关于”5个工作日”的规定。当然若5日内不能做出决定，经本级主管机关负责人批准可以延长若干日，并应当将延长期限的理由告知商事申请人。

在立法中，应明确实质审查的主要登记范围，并使法条细化，更具可操作性。具体讲，就是要摒弃过去对市场准入严格限制的审查内容。如：经济性质、经营范围、经营方式等，而转向商主体及法定代

表人或发起人的重要信息的查验、注册资本和验资报告的审核等重要登记事项的核定。

同时，可以明确商事登记申请人的法律责任。应对商事登记申请人规定如实申报的义务，对此可参照我国《行政许可法》第31条的规定。在将来的《商事登记法》中可具体规定为：商事登记申请人申请商事登记，应当如实向商事登记主管机关提交有关材料和反映真实情况，并对其申请材料实质内容的真实性负责，对在申报时弄虚作假、隐瞒登记情况或采取欺诈手段取得登记的，登记主管机关可依法责令改正、处以罚款、撤销登记甚至追究刑事责任。

2、关于商事登记机关的责任的问题

中国现行《公司登记管理条例》第81条和第82条虽然对商事登记机关的责任做了规定，但该条文设计的较为简陋，缺乏可操作性。同时在实践中亦为登记机关的主管人员滋生腐败提供了肥沃的土壤。因此，应当在该条文的设计上规定以下原则并加以细化：

（1）确定商事登记人员个人负责制。这方面，法国的立法经验尤为值得借鉴。法国《关于南事及公司登记的法令》第30条规定：法院登记官以其个人责任核实所提申请是否符合正常手续。也就是说，登记官个人在核实商事登记的申请是否符合正常手续上负有完全责任。一旦审查发现商事登记申请不符合正常的手续，个人则负有全部责任，不会出现中国“看上去谁都负责”，但一旦出了问题“谁都不负责”的尴尬局面。

（2）实施“注册官”制度。“注册官”制度实际上是上述思考即个人负责制的延伸。1988年国家工商局制定的《企业法人登记管理条例实行细则》第35条确立了登记注册的程序显然已经不符合形势发展的需要，且在实践中存在着诸多的弊端。若欲改变这些弊端的有效方法就是建立注册官制度。“注册官制度”的建立，可借鉴中国《法官法》的

经验，将“注册官”分为初级注册官、中级注册宫、高级注册官和首席注册官。并实行全国统一的资格考试制度，从通过者中遴选。

（3）确立过错责任原则。在关于商事登记机关的责任上，可以确立过错责任原则，对登记机关的过错，应由登记机关承担赔偿责任。如果商事登记机关有过错，则须承担相应责任；如果商事登记机关没有过错，则不应承担责任。

而且这里的“商事登记机关的过错”可解释为：整个登记机关系统内部。譬如，如果登记机关为执行上级机关指令或者执行其他有权威的机构指令而进行了错误登记，此过错虽然并不在具体的登记部门，但是仍然理解为登记机关的过错，即登记机关系统内部的过错。面对此过错，首先应当由具体的登记机关的当事人和利害关系人承担责任，再由登记机关系统内部平衡自己的责任。具体可以规定为：商事登记主管机关或登记人员与登记申请人恶意串通致使不符合规定的商事主体进入市场者，商事登记主管机关或登记人员明知登记申请人不符合登记条件而故意放纵设立者，商事登记主管机关或登记人员没有尽到善良管理人的注意义务致使不符合登记条件的市场主体进入者，商事登记主管机关或登记人员在当事人及第三人对登记事项提出异议者，依职权应审查而怠于审查者，以过错责任原则追偿之。[注]

（八）关于与登记有关的争讼及处理问题

该项制度不应由现有立法通用的“法律责任”专章规定，因为申请人对登记机关的不服还有一个程序机制需规制。为此，可考虑将争讼和处理与法律责任一并归入专章中。在确立解决申请人不服登记机关决定的后续机制上，宜在商事登记法中构建允许提起行政诉讼的制度。中国立法既已确定由工商行政管理机关负责登记工作，那么监督这些机构的履职和保障申请人的合法权利不宜再由行政机关来监督，而应由法院监督。这既利于监督的公正性的维护，也利于当事人对监督机制的信服，同时还有助于督促登记机关及其工作人员的认真履

职。另外，商事登记，尤其是其中的注册登记是申请人能否进入市场获取营利机会的前捷，如果仅通过行政机关这一防线就终结，对有关当事人显然不公正。为维护当事人的合法权益，提高申请人的效率，立法应规定不服决定的申请人可直接向有管辖权的人民法院提起诉讼，而不必经过行政复议这一阶段。注

（九）增设更正登记制度

更正登记属于登记制度的一种类型，其要点在于必须以存在不正确的登记为前提。更正登记的制度价值主要有二：一是保护真正权利人的私权利，二是保障国家职责和国家利益的实现。更正登记可以分为依职权的更正登记和依申请的更正登记。依职权的更正登记，是指不经当事人的申请，登记机关的登记人员可依一定程序直接完成更正登记。但是，更正登记关系到的当事人利益甚巨，因此登记机关依职权主动进行更正登记必须严格地依法律进行，一方面表现在登记机关必须严格依照法律规定的依职权更正登记的情形进行，另一方面表现在登记机关必须严格依照法律规定的程序进行。《意大利民法典》第2191条规定："在已经完成的登记不具备法定要件的情况下，在听取了利害关系人的意见后，负责监管企业登记事务的法官可以通过裁定下令撤销登记。"依申请的更正登记，是指以民事主体的申请作为程序引发条件的更正登记。所谓的民事主体包括真正权利人和其他利害关系人，也可统称为利害关系人，即与不正确登记有利益关系的人。注

---

1. 该部分内容可以参见任尔昕、石旭雯：《商法理论探索与制度创新》，法律出版社2005年8月第1版，第154—157页。
2. 该部分内容可参见樊涛、王延川：《商法总论》，知识产权出版社2006年1月第1版，第243—245页。
3. 参见《天津日报》2004年6月9日。
4. 参见《长江日报》2003年11月25日。
5. 参见《经济日报》2002年9月3日。

6. 刘安伟：《著名法学家江平教授就商事登记立法提出五点意见》，载《工商行政管理》2002年第15期。
7. 程江华：《商事登记的若干问题分析》，载《广西政法管理干部学院学报》2003年第4期。
8. 任先行、周林彬：《比较商法导论》，北京大学出版社2001年版，第228页。
9. 吕来明：《论现代商业组织法的立法原则》，载徐学鹿主编：《商法研究》第1期，人民法院出版社2000年版，第24页。
10. 参见任尔昕、石旭雯：《商法理论探索与制度创新》，法律出版社2005年8月第1版，第162页。
11. 赵中孚：《商法总论》，中国人民大学出版社1999年版，第161页。
12. 参见任尔昕、石旭雯：《商法理论探索与制度创新》，法律出版社2005年8月第1版，第172页。
13. 参见范健、王建文：《商法基础理论专题研究》，高等教育出版社2005年7月第1版，第344页。
14. 樊涛、王延川：《商法总论》，知识产权出版社2006年1月第1版，第266页。

第四节 中国未来的商事登记法的框架结构

综上所述，笔者认为，中国未来的商事登记法的基本框架应该是：

第一章 总则，包括：立法的依据、适用范围、基本原则、商事登记主管机关、商事主体营业资格证书的名称，等内容；

第二章 商事登记机关，包括：商事登记机关的名称、管辖原则、职责、权力、职权划分，等内容；

第三章 商事登记事项，包括：商事登记的具体事项、商事登记的具体对象，等内容；

第四章 商事主体的设立登记，包括：各类商事主体申请名称预先核准的条件、限制、具体要求、登记的效力，等内容；

第五章 变更登记，包括：各类商事主体变更登记事项、条件、效力、程序、期限，等内容；

第六章 注销登记，包括：各类商事主体注销登记的情形、条件、效力，等内容；

第七章 更正登记，包括：更正登记的情形、条件、效力，等内容；

第八章 商事主体分支机构的登记，包括：分支机构的性质、登记事项、程序、效力、与总部的关系，等内容；

第九章 登记程序，包括：申请人申请的程序、方式，登记机关的受理程序，准予登记和不予登记的告知程序，效力，等内容；

第十章 商事主体的年度检验，包括：年度检验的起至日期、具体要求、基本程序、效力，等内容；

第十一章 证照与档案管理，包括：证照的范围、证照的使用、保管、损毁、复制、携带、抄录、借阅、补遗，等内容；

第十二章 争讼和处理与法律责任，包括：申请人的法律责任、登记机关的法律责任、清算组的法律责任，等内容；

第十三章 附则，包括：本法与其他相关法律、法规的适用关系、法律施行时间、一些需要界定的法定术语，等内容。

第十章 “商法通则”对商业账簿的规范

一、商业账簿的概念

商业账簿，是指商事主体依法制作的，用以表示其经营活动和财务状况的簿册。商业账簿主要有会计凭证、会计账簿和财务会计报告三种。商事主体依法设置商业账簿是商事法的一项重要制度。首先，对于商主体来说，商业账簿记载着其经营状况，通过商业账簿可以加强成本核算，并准确了解自己营业上的财产和损益情况，从而适时调整经营策略。其次，对于其他商事主体来说，通过商业账簿可以了解相对人的经营状况和资信情况，以便作出是否与之进行交易的合理判断。第三，商业账簿是主管机关对商主体的经营。活动进行监督管理的手段，也是税务机关对商事主体进行征税的主要依据。第四，对于投资者来说，商业账簿不仅是其掌握企业的财产、营业和营利状况的依据，而且还是投资者分取股息、红利以及确定其股权价格和企业剩余财产的依据。

二、设置商业账簿的原则

各国法律对于商主体设置商业账簿的要求不同。

英美法系国家大多采取自由主义原则，即法律不直接规定商人必须设置商业账簿，是否设置商业账簿由企业自由决定。例如，《美国统一商法典》对商业账簿就没有强制性规定。但是，商人基于其纳税、考核盈亏、破产清算等因素，须设置商业簿册，否则将可能承担不利的后果。

大陆法系国家多采取强制主义原则，要求商人必须依法设置商业账簿，并规定商业账簿应记载的内容和记账方法。《法国商法典》第8条规定："任何具有商人身份的自然人或法人，均应对影响其企业财产的活动进行会计登记。"该法典第二编"商人会计"对于商业账簿的内容和记账方法作出具体的规定。《德国商法典》第238条也规定："任何商人均负有记账和依通常簿记的原则在账簿中记载其商行为和财产状况的义务。"该法典并设"商业账簿"专编对商业账簿的具体要求作出详细的规定。我国澳门地区也采取强制主义原则，《澳门商法典》第38条规定："商业企业主必须以适合其企业及有组织之方式记账，以便按时序知悉其各项交易，并须定期编制资产负债表及财产清单。"日本商法采取的是折衷主义原则，《日本商法典》第32条第1款规定："商人应制作会计簿册及资产负债表，以明了营业上的财产及损益状况。"明确设置商业账簿是商主体的义务，但对于商业账簿的内容和记账方法，并无特定要求，"解释有关制作商业账簿的规定时，应斟酌公正的会计惯例"（同条第2款）。

但是，在采取折衷主义的日本和采取强制主义的中国澳门特别行政区，并不是所有的商人都必须设置商业账簿，小商人则没有设置账簿的义务。[注]中国采取的是强制主义原则。1999年修订通过的《会计法》第2条、第3条规定，国家机关、社会团体、公司、企业、事业单位和其他组织必须依法办理会计事务，设置会计账簿，并保证真实、完整。按照《会计法》的规定，中国"实行统一的会计制度"，即由国务院财政部门统一制定关于会计核算、会计监督、会计机构、和会计人员及会计工作管理的制度，单位的会计凭证、会计账簿、会计报告以及其他会计资料必须符合国家统一会计制度的规定。《会计法》第2章对会计年度、记账本位币种、使用的文字、会计资料等都作了规定，第三章还针对公司、企业的会计核算，作了特别规定。第六章"法律责任"对于不依法设置会计账簿、私设会计账簿、未使用规定的文字和记账本位币、伪造或变造会计账簿等不法行为，规定应追究会计人员以及单位负责人相应的行政责任和刑事责任。

三、商业账簿的种类㊟

（一）会计凭证

会计凭证是记录企业经营业务发生和完成的书面证明，是记账的重要依据。会计凭证按其内容和作用，可分为原始凭证和记账凭证。原始凭证是企业在经营业务发生或完成时取得或填制的，证明其业务已经发生、明确经济责任，并用作记账原始依据的会计凭证，如车船票、机票、住宿费单据、购货发票、银行结算单据等。原始凭证的内容一般应包括名称、编号、日期、接受单位名称、业务内容、数量、单价、金额、填写单位名称、有关人员的签章。记账凭证是根据原始凭证编制的，用以确定企业经营业务的性质和会计分类的会计凭证，如收款凭证、付款凭证、转账凭证。记账凭证的应具备的内容包括：填制日期、凭证编号、业务摘要、会计科目、金额、所付原始凭证张数、填制人员、稽核人员、记账人员、会计机构负责人签章。收款和付款凭证还应有出纳人员的签章。

根据中国《会计法》第14条的规定，原始凭证应当真实合法、准确完整，对于与经营业务的事实不符的、伪造、变造的原始凭证，单位有权拒绝接受；对于记载不准确、不完整的原始凭证，单位有权予以退回，要求更正或补充。记账凭证应当根据经过审核的原始凭证及有关资料编制，如发生错误应当更正。

（二）会计账簿

会计账簿是由具有专门格式而又相互联结的若干账页所组成的，用以连续、系统、全面记录企业各项经营业务的簿籍。会计账簿包括总账、明细账、日记账和其他辅助性账簿。日记账，是指按照经营业务发生的先后顺序逐笔进行登记的账簿，如现金日记账、银行存款日记账。总账和明细账属于分类账簿。所谓分类账簿，指对经营业务分门别类进行登记的账簿。其中，按照一级会计科目设置的总分类账是

总账，如材料总账、应收账款总账；按照二级或明细会计科目设置的明细分类账是明细账，如材料明细账、应收账款明细账。辅助性账簿，又称备查账簿，是对某些日记账和分类账中未能记载的事项进行补充登记的账簿，如委托加工材料登记簿、租人固定资产登记簿。

根据中国《会计法》第15条规定，会计账簿必须以经审核的会计凭证为依据，符合国家统一的会计制度。根据1996年财政部发布的《会计基础工作规范》的要求，登记会计账簿时，应将会计凭证日期、编号、业务内容摘要、金额和其他有关资料逐项记人账册，由记账人员签章并注明已经登账的符号；各种账簿应按页次顺序连续登记，不得跳行、隔页；需要结出余额的账户，结出余额后应当在“借或贷”等栏目中写明“借”或“贷”等字样；没有余额的账户，应注明“平”字样；会计账簿记录发生错误，不准涂改、挖补、刮擦或用药水消除字迹，不准重新抄写，必须按照规定的方式进行更正。

（三）财务会计报告

财务会计报告，是企业根据会计账簿及其他会计资料编制的，向有关主管机关报送或向社会公众披露的，反映该企业一定时间点上的财务状况和一段时期的经营成果和现金流量的综合性书面材料。财务会计报告是总括性的会计资料，是企业会计的最终成果，也是企业对外提供会计信息的主要形式。财务会计报告由会计报表、会计报表附注和财务状况说明书组成。

1.会计报表，是以会计账簿及其他会计资料为依据，按照规定的统一格式编制的，总括性地反映企业一定时间点上的财务状况和一段时期的经营成果和现金流量的一种报告性文件。会计报表是财务会计报告的主要形式。会计报表主要包括：资产负债表、利润表和现金流量表以及各种附表。资产负债表是反映企业某一特定日期财务状况的会计报表。它属于静态的会计报表，根据资产、负债和所有者权益（或股东权益）之间的关系，按照一定的分类标准和排列顺序，把企

业特定日期的资产、负债和所有者权益各个项目予以适当排列，并对日常工作中形成的大量数据进行整理后编制而成。资产负债表的基本结构是账户式的，分成左右两方，左方列示资产项目，右方列示负债和所有者权益，并最终达到左右两方项目总金额的平衡。资产负债表可以体现企业的偿债能力。

利润表又称损益表，是反映企业一定时期内经营成果的会计报表。它是动态的会计报表，把一定时期内的营业收入与营业费用进行配比，以计算出该期的净利润（或净亏损）。利润表反映了企业资产的获利能力。

现金流量表是以现金为基础编制的财务情况变动表，属于动态的会计报表。它以现金的流入和流出反映企业一定时期内的经营活动、投资活动和筹资活动的情况反映企业现金流动的全貌。现金流量表主要反映企业获得现金的能力。

2.会计报表附注，是会计报表的补充，主要是对会计报表不能包括的内容或不能详尽披露的内容做进一步的解释说明。会计报表附注的内容包括：所采取的主要会计处理方法，会计处理方法的变更及其影响，非经常项目的说明，有关重要项目的明细资料，其他有助于理解和分析会计报表而需要说明的事项。

3.财务情况说明书，是在会计报表及其附注所提供的资料基础上，再进一步用文字对企业的财务状况所做的补充说明。它是财务会计报告的组成部分，应随同会计报表一起编制、提供。财务情况说明书的内容包括：企业在报告期内的生产经营情况，企业盈亏及利润分配情况，资金增减和周转情况，资本结构及变动情况，主要税费的缴纳情况，财产的盈亏、报废情况。

根据我国《会计法》第20条和第21条的规定，财务会计报告应当根据经过审核的会计账簿记录和有关资料编制，并符合法律和国家统

一的会计制度的编制要求；向不同的会计资料使用者提供的财务会计报告，其编制依据应当一致；财务会计报告应当由企业负责人和主管会计工作的负责人、会计机构负责人（会计主管人员）签名并盖章，设置总会计师的企业，还须由总会计师签名并盖章；企业负责人应当保证财务会计报告真实、完整。

四、商业账簿的记载方法

（一）记账文字

商业账簿必须使用法律规定的文字记录企业的经营业务事项。根据中国多民族以及外商投资的实际情况，《会计法》第22条规定："会计记录的文字应当使用中文。在民族自治地方，会计记录可以同时使用当地通用的一种民族文字。在中华人民共和国境内的外商投资企业、外国企业和其他外国组织的会计记录可以同时使用一种外国文字。"中国《宪法》第4条规定："各民族都有使用和发展自己的语言文字的自由"，《会计法》规定民族自治地方的企业除"应当使用中文"外，可以同时使用当地通用的一种民族文字记录商业账簿，体现了对少数民族的尊重。外商投资企业包括中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业，外国企业是指在我国境内设立机构、场所从事生产经营的外国公司、企业和其他经济组织，其他外国组织是指外国公司、企业和其他经济组织在我国设立的办事处、代表处、联络处等分支机构。规定外商投资企业等在使用正文的同时，允许使用一种外国文字，兼顾了外商投资者的实际需要。

（二）记账本位币

记账本位币，是指在会计核算中，日常登记账簿和编制会计报表时用以计量的货币。国际上，通行的作法是以一国的法定货币为记账本位币。中国的法定货币是人民币。《会计法》第2条第1款规定："会

计核算以人民币为记账本位币。”考虑到中国企业（包括外商投资企业）对外经济贸易合作和技术交流发展的需要，避免因为每一笔外币收支都要换算人民币所给企业会计核算和管理造成的不便，该条第2款规定：“产业务收入以人民币以外的货币为主的单位，可以选定其中某种货币作为记账本位币，但是编报的财务会计报告应当折算为人民币。”

（三）记账法

1992年财政部发布的《企业会计准则》第8条规定：“产会计记账采取借贷记账法。”所谓借贷记账法，是以“资产=负债+所有者权益”这一平衡关系为理论依据，以“借”和“贷”为记账符号，用以反映企业资金增减变化的复式记账法。其中，“借”表示资产和费用的增加，负债、所有者权益、收入和利润的减少；“贷”表示资产和费用的减少，负债、所有者权益、收入和利润的增加。企业的每项营业业务，都要按相等的金额，同时记人一个账户的借方和一个账户的贷方，或一个账户的借方和几个账户的贷方，或几个账户的借方和一个账户的贷方。由于“借”和“贷”是同时出现的记账符号，且双方金额相等，因而最终达到“借”和“贷”两方项目总金额的平衡。

（四）会计年度

会计年度是会计分期核算的时间单位。只要企业未解散，其经营业务总是持续不断的进行的，为了统一会计核算资料的时间口径，只能截取一段时间来进行核算。因此，会计年度的确定，有利于保证会计核算在一个统一的口径下进行，便于比较和利用会计核算资料。

各国关于会计年度的规定不尽相同。德国、意大利等国采取公历年制，会计年度为每年的1月1日起至12月31日止；英国、日本等国采取4月制，会计年度从每年的4月1日起至次年的3月31日止；澳大利亚等国采取7月制，会计年度从每年的7月1日起至次年的6月30日止；美

国、泰国等采取10月制，会计年度从10月1日起至次年的9月30日止。还有一些国家采取特殊的规定，如以每年的7月8日至次年的7月7日为一个会计年度。注中国的计划年度、财政年度均采用公历制，为保持一致，以便国家的宏观管理，《会计法》采取公历年制。该法第11条规定："会计年度自公历1月1日起至12月31日止。"

五、商业账簿的保管

商业账簿是企业的重要档案，也是国家档案的重要组成部分。《会计法》第23条规定："各单位对会计凭证、会计账财务会计报告和其他会计资料应当建立档案，妥善保管。会计档案的保管期限和销毁办法，由国务院财政部门会同有关部门制定。"因此，建立并妥善保管会计档案是企业的义务。关于会计档案的管理，财政部和国家档案局于1984年制定了《会计档案管理办法》，对会计档案的范围、立卷、归裆、保管、借阅、交换、保存期限以及销毁，都作了规定。该管理办法规定，会计档案分为永久和定期两类，永久会计档案如涉及外事的会计凭证，无限期保管；定期会计档案的保管期限分别为3年、5年、10年、15年、25年五种，各种会计档案的保管期限从会计年度终了后的第一天算起。

六、财务报告的审计及法律责任

根据中国法律的规定，商事主体必须依照法律、法规的规定委托注册会计师对其年度财务报告的真实可靠性和合法性进行审计，取得注册会计师出具的审计报告。

《中华人民共和国公司法》第165条规定："公司应当在每一会计年度终了时编制财务会计报告，并依法经会计师事务所审计。"中国的《国有企业公司制改建有关财务问题的暂行规定》第22条也规定："年

度财务报告应于年度终了后在规定的时间内连同中国注册会计师的查账报告一并报送主管财政机关。”此外，《会计法》第43条、第44条还明确规定：“伪造、变造会计凭证、会计账簿，编制虚假财务会计报告，构成犯罪的，依法追究刑事责任。”“隐匿或者故意销毁依法应当保存的会计凭证、会计账簿、财务会计报告，构成犯罪的，依法追究刑事责任。”。

注册会计师必须依法执行商事主体财务报告审计业务，并对审计业务的质量承担法律责任。根据《中华人民共和国注册会计师法》第14条规定，注册会计师承办的第一项业务是“审查企业会计报表，出具审计报告。”同时，在第16条中规定：“会计师事务所对本所注册会计师依照前规定承办的业务，承担民事责任。”

七、商业账簿的编制

编制商业账簿必须按照《企业会计准则》、《企业财务通则》及行业会计制度的规定进行。

（一）商业账簿的编制原则

商业账簿的编制原则是对商事主体进行会计核算的基本要求，它包括十二项一般原则。

1.客观性原则。是指商事主体编制商业账簿应以实际发生的经济业务为依据，如实反映财务状况和经营成果。

2.相关性原则。是指商业账簿提供的会计信息符合国家宏观经济管理的要求，满足有关各方了解商事主体财务状况和经营成果的需要，满足内部经营管理的需要。

3.可比性（统一性）原则。是指商事主体的会计核算应按照规定的会计处理方法进行，会计核算应当口径一致，相互可比。

4.一贯性原则。是指会计处理方法前后各期应当一致，不得随意变更。如确有必要变更，应当将变更情况、变更的原因及其对商事主体财务状况和经营成果的影响在财务报告中说明。

5.及时性原则。是指商事主体必须按照有关法律及规章制度，及时地编制商业账簿，以便会计信息能够被使用人适时加以利用。

6.明晰性原则。是指商事主体的会计记录和会计报表应当清晰明了，便于理解和利用。

7.权责发生原则。是指会计核算应以权责发生制为基础。凡是已经实现的收人和已经发生或应当负担的费用，不论款项是否收付，都应作为当期的收入和费用处理，也就是日常所说的应收应付期。

8.配比原则。即在某个会计期间所取得收入应与取得这些收入所发生的费用、成本相配合，从而确定该会计期间的净收益或净损失。

9.谨慎性原则。也称稳健性原则，是指对可能发生的费用或损失，应当合理预计、并予人账。而对可能取得的收入，则不能提前人账。由于商事主体在经营活动中存在着市场竞争和经营风险，为了提供应付风险的能力和保全资产的安全，采用谨慎性原则，将可能发生的费用或损失预先估计人账等费用或损失发生时，由于已经提前预计，不会对商事主体正常经营造成危害。如计损坏准备金；采用加速折旧法进行固定资产折旧。

10.实际成本核算原则。即各项财产物资应按取得时的实际成本计。物价变动时，除国家另有规定，不得调整其账面价值。

11.收益性支出与资本性支出划分原则。是指凡是支出的效益仅与本会计年度相关的，应当作为收益性支出，在本会计年度内作为成本或费用开支；凡是支出的效益与几个会计年度相关的，应当作为资本性支出，列入固定资产或无形资产、递延资产支出。

12.重要性原则。是指商事主体的财务报告应当全面反映财务状况和经营成果。对于重要的经济业务，应当单独反映。

（二）商业账簿的编制方法

1、商事主体进行会计核算时应坚持会计期间基本前提

中国的《企业会计准则》规定："会计核算应当划分会计期间，分期结算账目和编制会计报表。"该《准则》还将会计期间划分为年度、季度和月份。即应当按年、按季和按月分期结算账目，编制会计报表。其中，年度、季度和月份的划分与公历日期相同。即每年1月1日至12月31日为一个会计年度，每季度的第一个月的一日至该季度的最后一天为一个会计季度，每月的第一天至最后一天为一个会计月份。

2、应以人民币为记账本位币

记账本位币即指会计核算中所采用的基本货币单位。《企业会计准则》规定："会计核算应以人民币为记账本位币。"同时又规定，业务收支以外币为主的企业，也可以选定某种外币作为记账本位币。但在期末编制会计报表时，应当折合为人民币反映。

3、应运用商事主体的会计核算方法

会计核算方法是对商事主体发生的经济业务进行完整、连续和系统的记录、计算，为经营管理提供必要的信息所应用的方法，一般包括设置账户、复式记账、填制凭证、登记账簿、成本计算、财产清查、报表编制和会计报表的分析利用等几个方面。

（1）设置账户。设置账户是对会计对象的具体内容进行归类、反映和监督的一种专门方法。它可以对会计对象的复杂多样的具体内容进行科学的分类和记录，以便取得各种核算指标，并随时加以分析、检查和监督。

（2）复式记账。复式记账是对每一项经济业务通过两个或两个以上有关账户联系起来进行登记的一种专门方法。例如以银行存款购买原材料，一方面引起原材料的增加，另一方面引起银行存款的减少。根据《企业会计准则》的规定，商事主体必须采取借贷复式记账法进行会计核算。即以“资产=负债+所有权益”这一会计平衡等式为理论依据，以“借”和“贷”为记账符号，用以反映商事主体资金增减变化。

（3）填制凭证。填制会计凭证是为了保证会计记录完整、真实和可靠，审查经济活动是否合理、合法而采用的一种专门方法。

（4）登记账簿。登记账簿是根据会计凭证，在账簿上连续地、系统地、完整地记录经济业务的一种专门方法。按照记账的方法和程序登记账簿并定期进行对账、结账，可以提供完整的、系统的会计资料。

（5）成本计算。成本计算是按一定的成本对象，对生产、经营过程中所发生的成本、费用进行归集，以确定各项对象的总成本和单位成本的一种专门方法。

（6）财产清查。财产清查是通过清点或查对等方式，确定商事主体一定时期内各种财产物资以及债权债务的实有数额，并据以查明账实是否相等的专门方法。通过财产清查可以保证会计核算资料的正确性，保护财产物资的安全，并且对监督财产物资的合理使用有重要意义。

（7）编制会计报表。编制会计报表是一种以一定表格形式，定期总括地反映商事主体财务收支状况和生产经营成果等的专门方法。通过编制会计报表，可以使会计信息资料更加系统化，并为使用者提供一套清晰、完整的投资体系。

（8）会计资料的分析利用。对会计资料的分析利用是对会计资料所反映的各项经济指标进行分析对比，以便挖掘潜力，厉行节约，扩大经营成果。

以上各种专门方法是一个完整的体系，是相互联系，紧密结合的，不管哪一环节发生缺陷，都会影响整个会计核算的质量。

未来的“商法通则”，应对商业账簿的定义以及商业账簿的种类、记载方法、保管、编制等的基本要求做出明确地规定。

---

1. 参见《日本商法典》第8条，《澳门商法典》第13条。
2. 本节内容主要参考《会计法》研究组编写的《会计法讲解》，东北财经大学出版社1999年版。
3. 田燕苗主编：《会计法阐释及法律适用》，中国经济出版社1999年版，第69页。

第十一章 “商法通则”对商事责任的规范

第一节 商事责任概说

一、责任的概念

在汉语中，责的含义，至少有五层：一是责任，《孟子·公孙丑下》：“有官守者，不得其职则去，有言责者，不得其言则去。”；二是处罚，《新五代史·梁家人传》：“崇愚太祖慵堕不作业，数加笞责”；三是债，《汉书·淮阳襄王钦传》：“（张）博言负责数百万”；四是质问；五是要求，如求全责备。这里的核心含义应是责任或者处罚。从法律上说，责任一词应当理解为因过失而承担之义务。

“责任”一词有广义与狭义两种涵义。广义上的责任是指政治上、道德上或者法律上对某件事所应做到的行为的程度和范围，亦即政治上、道德上和法律上应尽的义务。狭义的责任一般仅指法律上应尽的义务，而且还包括不尽义务要进行的制裁，其中可以分为刑事责任、行政责任、民事责任、商事责任等等。其专指因为未尽到法律应尽的义务，应该受到的法律规范的制裁。[注]责任与义务是相伴而生的。责任是为确保义务被履行而设置的措施，是以义务存在为前提的。义务在得不到履行之时，权利人可以凭借法律之力由国家强制其履行，此即所谓法律责任。可见，责任是国家法律体系中一项十分重要的制度，如果责任制度不健全，那么国家法律的实施就丧失了基本的保障和后盾，法律就会成为一纸空文。因此，建立健全法律责任制度，乃一个国家法制建设的重要内容。

二、民事责任与商事责任

在中国，在谈到商事责任时一般总把它与民事责任相提并论，并且往往把它与民事责任混为一谈，称其为民商事责任。甚至认为，民商法律责任又可统称或惯称为民事责任。(注)可见，在一些中国学者眼里，民事责任和商事责任是一回事，是可以互称和混称的。但是，笔者始终认为，二者是有着明显的区别的，从严格意义上说，二者并不是一回事。要明确这个问题，首先要明确民事与商事关系。

（一）商事与民事的联系与区别

1、商事与民事的联系

商事，顾名思义，是指商业上的事务，商业应当包括现代社会出现的一切与交易、服务、生产等领域相关的经济活动，其中既包括传统意义上的交换和流通，也应当包括当代社会中出现的大量的服务、生产类的经济活动。其涵盖的范围已经远远超过了传统的所谓以“直接媒介财货交易的行为”为核心的行为体系，而是以企业的组织、经营行为为核心的组织与行为的综合性体系结构。因而，其标的已经从传统的动产和有形财产，而发展为如今的不动产、无形财产、票据、有价证券、知识产权等等，都可以成为商的标的；其行为已经从买卖、代理、票据、运输、保险、海商等，发展为如今的诸如信托、证券交易、融资租赁、知识产权贸易等，都不同程度地可以成为商行为的一个部分；其主体已经从自然人为主，发展为除自然人以外的法人或非法人组织，而且，企业已成为最主要的商主体。此外，随着科学技术的发展，许多新兴行业信息产业与其他高新技术产业，都将不断地加入到商的范畴，从而使商的领域不断延伸，生物的基因、互联网上的信息、技术等等都可以成为商的标的。所以说，商事的范畴绝不是固定的和封闭的，其必将伴随着社会经济的发展而发展，发展性和超前性应该是商事范畴的最基本的特征。

民事，顾名思义，即指民间的或市民的事务，其内涵应当包括民间的或市民的一般性的、普遍的事务，它是以人（人生）为核心的事

务。其主要应包括：（1）与人生有关的事务，如人格、人身等，具体来说，可以包括人的权利能力和行为能力，人的名誉，出生、死亡、失踪、住所等；（2）与人的家庭有关的事务，如家、亲属、婚姻、继承等；（3）与人的社会经济活动有关的事务，如债、契约、人对物的所有、支配、处分等。当然，随着社会的发展，其主体也发生着深刻的变化，除了自然人（人）以外，法人和非法人团体的权利能力和行为能力等也成为了其重要的内容，而且一些与社会经济关系较为密切的事务也被纳入其中。

从上述内容可以看出，商事与民事之间的联系可谓千丝万缕，这种联系具体表现为：

①二者同属人们（民）私的事务，且相互依存。

无论是民事活动还是商事活动都与国家和公共行为有着截然不同的区别。二者都是以私人行为为核心内容，而且，二者有着共同调整的对象—与个人有关的财产或人身关系。在一定程度上，二者还有着相互依赖、相互补充的作用，民事行为决定人的基本权利和地位，而商事活动则体现这种权利和地位的价值，也就是说，二者共同构成人的全部的人生价值，缺少任何一个方面，其人生都不是完整的。如果仅仅只实现了民事价值而未实现商事价值，则其主体的人生价值就不是一个完整的，如果没有民事价值的实现，欲顺利地实现商事价值，也是不可能的。所以，二者互相依存，共同作用于人生。

②民事主体与商事主体的范畴有着共同性和不可分性。

民事主体与商事主体的范畴都包括了自然人（人）和法人和及非法人团体，只不过从现代社会的发展看，企业已成为最主要的商事主体，而个人仍然是十分重要的民事主体，但是，从宏观上看，企业也同样被包含在民事主体之中，可以说，大民事主体中，既包含了私人

主体，也包含了以企业为表现形式的商事主体，只是在实践中二者的侧重面不尽相同罢了。

③在二者所涉及的事务中，都包含了社会经济因素。

从现代社会看，无论是民事还是商事都包含了社会经济因素，二者有时还是互相交错、难以区分的。如民事中的买卖、契约、担保行为，既体现了民事的特征，也体现了商事的特征，很难从实践中加以区分和甄别。因此，社会经济因素是二者俱备共同的内涵。

2、商事与民事的区别

①价值取向不同

商事与民事同样属于私的范畴，但是两者的价值取向存在着较大的差异性。其最具代表性的差异表现在，民事最基本的价值取向是公平、和谐，即公平优先兼顾效益与其他；而商事最基本的价值取向是效益，其基本要求是效益优先兼顾公平与其他。换句话说，商事活动追求的是经济效益，而民事活动追求的则是一种平等、和谐。也就是说，民事活动追求静态的和谐，而商事活动则追求的是动态的获取，商事与民事价值取向上的差异，既说明商事与民事具有不同的目的和追求，更说明商事与民事具有不同的作用与存在价值。

②后果不同

由于民事活动追求静态的和谐，而商事活动则追求的是动态的获取，因此商事活动的手段则很可能导致不和谐的因素，甚至会引发纠纷和矛盾，但这并不是说民事活动就不产生纠纷和矛盾，而是说商事活动产生纠纷和矛盾可能性要大于民事活动，因为，商事活动追求利益的本性，决定了其采取的手段可能要比民事活动来的更激烈。因而，二者所发生的后果就可能不一样。

③主体范围不同

民事主体具有适用主体广泛性的特点，可以适用于一切社会公众。商事主体则具有适用主体限定性的特点，仅适用于商主体。当某一主体经过办理相关手续成为或成立商主体后，因其营利性的营业行为的要求，其所表现出来的社会关系已不能为民事关系所涵盖；相反，由于商事活动乃基于商主体及商行为的特性而制定，因而也不能涵盖一般民事主体之间发生的社会关系。

④关注对象不同

民事行为一般所体现的是平等主体之间的财产关系与人身关系，其所关注的是民事主体之间的地位的平等和利益的平衡，其立足点不在于维护民事主体的营利行为或其盈利，公平是其首要原则。商事行为则是营利性主体即商主体在市场交易过程中所发生的商事关系，其所关注的是商主体的营利追求，效益或营利是其首要原则。民事关系既包括财产关系又包括人身关系，在关注对象上具有复合性；尽管也有人认为商事关系包括商事财产关系与商事人身关系，但从实质上讲，商事人身关系根本不同于民事之人身关系，其乃依附于商主体人格之具有直接财产内容的广义上的财产关系，因而商事关系均可归入财产关系范畴，具有关注对象的单一性。

可见，民事与商事是有着明显的区别的。因此，民事责任与商事责任与民事与商事之间的关系一样也是有着其明显的联系与区别的。

（二）商事责任与民事责任的联系与区别

1、商事责任与民事责任的联系

首先，二者同属人们在私的事物中产生的义务。

第二，二者在内容上都可以表现为一种财产责任，比如，支付违约金、赔偿损失、继续履约等均可以适用于二者的责任承担方式。

第三，二者承担的主体具有共同性，即民事责任主体与商事责任主体的范畴都包括了自然人（人）和法人和及非法人团体，只不过从现代社会的发展看，企业已成为最主要的商事责任主体，而个人仍然是十分重要的民事责任主体，但是，从宏观上看，企业也同样被包含在民事责任主体之中，可以说，大民事责任主体中，既包含了私人责任主体，也包含了以企业为表现形式的商事责任主体，只是在实践中二者的侧重面不尽相同罢了。

第四，二者承担责任的方式有共同性，即适用于商事责任的方式几乎也完全适用于民事责任方式。

第五，二者的目的有相同之处。二者的共同目的在于通过对责任人的相关责任的追究和制裁，避免和减少民事和商事行为的违法的后果，尽量恢复业已遭到损害的民事和商事法律关系，促其稳定与和谐。

第六，二者都是一种针对于不法行为而采取的补救措施。是一种追溯性的责任。

第七，二者的归责原则有相同之处。过错责任、无过错责任和公平责任都可以适用于对于民事责任和商事责任的认定过程之中。

2、商事责任与民事责任的区别

首先，二者承担责任的方式不尽相同，适用于民事责任的方式则并不完全适用于商事责任方式。例如，赔礼道歉、恢复名誉等民事责任承担方式，就不适用于商事责任承担方式。

其次，二者的主体范围不同。民事责任主体具有适用主体广泛性的特点，可以适用于一切社会公众。商事责任主体则具有适用主体限定性的特点，仅适用于商主体。当某一主体经过办理相关手续成为或成立商主体后，因其营利性的营业行为的要求，其所表现出来的社会关系已不能为民事关系所涵盖；相反，由于商事活动乃基于商主体及商行为的特性而制定，因而也不能涵盖一般民事责任主体之间发生的社会关系。

再次，二者的后果不同。一般说来，民事责任要比商事责任产生的后果要小，也就是说，商事责任承担的后果的严重承担一般要大于民事责任承担的后果，这是因为由于民事活动追求静态的和谐，而商事活动则追求的是动态的获取，因此，商事责任的社会影响度一般来说要大于民事责任的影响度。例如，证券违法责任的后果就比一般民事责任明显要大，因为，显然证券行为对社会的震撼力度要远远大于一般的民事行为的震撼力度。一般来说，商事责任所涉及的标的也要大于民事责任的标的。这是与商事行为的特征分不开的。商事行为的一个最大的特征就是以最小的代价（成本）去追求利益（利润）的最大化。根据权利与义务相一致原则，获得的权利（益）的多寡与所应承担的义务（责任）的大小是相一致的。因而，商事责任与民事责任的后果是有所区别的。同时，民事责任承担的后果并不全部表现在财产损失，除了财产损失以外，也可能是人身损害后果，精神损害后果；也存在可以金钱计算的后果，无法以金钱计算的后果；可能预见的后果，不可能预见的后果；有形的后果，无形的后果；等等。但是，商事责任承担的后果主要表现在财产损失，一般不包括人身损害、精神损害的后果、不可能预见的后果和无形的后果，一般也只存在可以金钱计算的后果、可能预见的后果和有形的后果等。这与商事行为的营利性、经营性和风险性的有关特征密切相关的，因为，错综复杂、瞬息万变、包罗万象的商事行为，一般来讲，是不存在所谓可预见的后果和无形的后果的，如果承认所谓可预见和无形的后果，将会大大增加商事主体的经营成本和风险，从而影响和阻碍商事主体大

胆地从事商事行为，而易使商事主体错失大好商机，挫坏商事主体的从事商事行为的主动性和积极性，于经济发展大大不利。

最后，二者确认和承担的根据不尽相同。在中国现阶段，民事责任的确认并承担的根据主要是《民法通则》和《合同法》以及该二法的规定精神为基础所颁布的一系列民事法律规范，如《物权法》、《婚姻法》、《继承法》、《收养法》、《消费者权益保障法》等。而商事责任的确认并承担的根据，除了《民法通则》、《合同法》以及该二法的规定精神为基础所颁布的一系列民事法律规范之外，诸如《证券法》、《商业银行法》、《票据法》、《海商法》、《保险法》、《公司法》、《破产法》等一系列商事法律规范则是其主要的确认和承担商事责任的法律依据。因此，从动态上说，商事责任确认和承担的法律根据的范畴要大于民事责任的范畴。因为，商事责任所涉及的领域应该大于一般的民事责任所涉及的领域。

（三）民事责任与商事责任的概念

以上我们分析了民事责任与商事责任的联系与区别，在此基础上，我们可以总结出二者的基本概念。

1、民事责任的概念

民事责任，也可称民事法律责任，它是法律责任中的一种独立的责任，其是以民事义务为基础的，因而，民事责任的认定当以违反一定的民事法律规范的指引性义务、禁止性义务，以及法律保护的合同义务为前提。在一般的概念上，民事责任是指民商法律关系的平等主体各方，在民事活动中拒不履行法定和约定义务，或者做出法律或合同所禁止的行为，并且具备了违法、违约行为构成的要件而应承担的相应的法律责任后果及依法应予制裁的措施。[注]因而，民事责任是一种带有补救性质的法律责任。

在中国现阶段，确认并承担民事责任的根据主要是《民法通则》和《合同法》以及该二法的规定精神为基础所颁布的一系列民事法律规范，如《物权法》、《婚姻法》、《继承法》、《收养法》、《消费者权益保障法》、《著作权法》等。以后，随着中国民法典和其他民事法律规范的进一步完善，诸如《侵权责任法》等法律也是民事责任确认和承担的重要根据。

民事责任作为民事法律规范对民事法律关系当事人的义务要求和对违法行为所施加的不利后果，其法律责任的总括分类为：（1）违约责任；（2）侵权责任；（3）其他责任。

违约责任是合同责任的主要表现形式之一，合同当事人因不履行合同或者履行合同不符合约定条件而违反合同义务所引起的法律后果，依法应当承担的民事责任。违约责任在内容上主要是一种财产责任，具体表现为支付违约金、赔偿损失和继续履约等，在本质上是对违反义务要求的一种惩罚性和补偿性相结合的法律制裁措施。违约责任产生的前提是存在有效的合同。无效合同、未成立的合同或撤销的合同不为法律确认和保护，因而也就不存在合同的违反和违约责任的构成与承担。因此，违约责任只是保护有效的、现实存在的合同行为的一种法律制度。

侵权责任亦称侵权的民事责任，属于损害责任的一种表现形式，是指行为人违反法律的禁止性规定，单方实施的侵害他人的财产权、知识产权、人身权等损害行为后应承担的法律后果。侵权责任包括一般侵权责任、特殊侵权责任，以及在一般侵权责任和特殊侵权责任中可能产生的共同侵权责任。侵权的表现方式包括作为和不作为，其损害后果有表现为财产方面，有时表现为非财产方面的。对于侵权行为本身和侵权行为造成的损害后果，受害人有请求赔偿的权利，侵害人负有损害赔偿的义务和责任。

其他责任主要是相对于商事责任而言，有些责任形式和内容是民事责任与商事责任所共有的。比如，担保责任和产品责任，就具有两重性。

担保责任亦称保全责任，是指根据法律规定或者当事人之间为保证合同履行，防范履约风险而设定的义务，当债务人逾期不履行约定的债务或其他约定义务，债权人以债务人提供的抵押物、质押物、定金充抵债权的部分或全部，或者由保证人依法承担一般或连带的保证责任的法律后果。㊟担保责任不仅适用于民事责任，也同样适用于商事责任，因此，它具有二重性。至于其具体内容将在研究商事责任时再予以详细地阐述。

产品责任与担保责任一样，也具有二重性，其既是民事责任的表现形态也是商事责任的重要形式。只是其作为民事责任时更侧重于对于消费者权益的保护，其直接涉及到消费者权益保护法所规定的产品购买、使用者享有的保障安全权、消费知情权、自主选择权、公平交易权、依法求偿权、知识获取权、维护尊严权、监督批评权等权益的落实与维护。产品责任是侵权责任的重要表现形式，产品责任所侵害的也是一种绝对权。㊟至于其作为商事责任的内容，将在研究商事责任时再予以详细地阐述。

2、商事责任的概念

商事责任，也可称商事法律责任，它是法律责任中的一种独立的责任，既不同于广义责任意义上的社会责任、政治责任、行政责任、管理责任、道义责任，也不同于泛指法律义务及违法制裁的违宪责任、刑事法律责任、行政法律责任。但是，它与民事责任却有着千丝万缕的联系。二者同属人们在私的事物中产生的义务，二者在内容上都可以表现为一种财产责任，二者承担的主体具有共同性，二者承担责任的方式也有共同性，二者的目的有相同之处，二者都是一种针对

于不法行为而采取的补救措施，二者的归责原则有相同之处。但是，二者在承担责任的方式、主体范围不同、责任后果、确认和承担责任的根据都存在不同之处。

商事责任的确立是以商事义务为基础的，因而，商事责任的认定当以违反一定的商事法律规范的指引性义务、禁止性义务，以及法律保护的商事合同义务为前提。在一般的概念上，商事责任是指商事法律关系的平等主体各方，在商事活动中拒不履行法定和约定义务，或者做出法律或商事合同所禁止的行为，并且具备了违法、违约行为构成的要件而应承担的相应的法律责任后果及依法应予制裁的措施。商事责任与民事责任一样，是针对于不法行为之过去的一种追溯性责任，带有补救的性质。

在中国现阶段，确认并承担商事责任的根据主要是《民法通则》、《合同法》以及颁布的一系列商事法律规范，如《公司法》、《票据法》、《证券法》、《商业银行法》、《海商法》、《破产法》、《担保法》、《保险法》等。以后，随着中国民法典和其他商事法律规范的进一步完善，诸如《商法通则》、《特许经营法》、《期货法》等法律也是商事责任确认和承担的重要根据。

三、商事责任的分类

商事责任作为商事法律规范对商事法律关系当事人的义务要求和对违法行为所施加的不利后果，其法律责任的种类较之民事责任要广泛得多。其基本上可以包括：违约责任、缔约过失责任、担保责任、产品侵权责任、侵犯知识产责任、不正当竞争责任、商业保险责任、票据责任、证券违法责任、违反商事组织责任、企业终止清算责任、海损责任和商事登记责任等。关于此内容，笔者将在本章第二节中加以详细地论述。

四、商事责任的构成要件

商事责任既然作为法律责任中的一项独立的责任体系，就必定要有一个独立的承担商事责任的衡量的标准，这个标准就是所谓的商事责任的构成要件。笔者认为，商事责任的构成要件应从以下四大方面予以考察：

（一）责任人承担商事责任的资格

商事法律关系主体是否承担商事责任的首要前提是其主体资格，即是否具备法定的商事权利能力和商事行为能力。而根据本书第六章商事主体的研究结果，商事主体具有不同于一般民事主体的权利能力和行为能力，从而形成了商事行为能力与一般民事行为能力的区别。这种区别主要表现在：其一，商事能力是商主体依法从事商行为，并由此而承担法律上的权利义务的行为能力，它表明了商事主体在商法上的特殊资格和地位。而一般民事主体不享有法律上的这种特权，这就是未经法律授权，一般民事主体不得从事商事经营活动的法律原因。其二，商事能力是一种附加于民事能力之上的能力，即具备商事能力者一般应以具备民事能力为前提。但具备一般民事能力并不必然具备商事能力。从这个意义上说，商事能力是一种特殊的民事能力。其三，商事能力以法律授权为前提，商事权利能力和商事行为能力皆以法律授权范围为限，并以授权起止为权利存续期限。而一般民事能力，更多地与自然人的生命延续和意思成熟程度密切相关。由于商事能力的特殊性，不少国家法律规定了对商事能力取得的限制。如对行为人取得商事能力的限制，这种限制表现在对未成年人、外国人等获得商事能力的限制；又如对因从事特定标的物的经营而对商事能力的限制等等。[注]

本书认为，在现代商法中，商事主体指的是，能够依商法规定以自己的名义直接从事商行为，享受权利和承担义务的个人和组织。这

里的个人，也称为商个人，在中国，具体包括个体工商户、农村承包经营户、独资企业主和其他依法独立经营，享受权利和承担义务的个人。组织，也称为商组织体，可以分为商法人和商合伙两类，具体包括公司、各类依法成立的企业和依法独立经营，享受权利和承担义务的组织。这里之所以要加上“依法独立经营，享受权利和承担义务的组织”，主要是考虑到随着经济的发展今后可能出现的各种类型的商组织形式。商事主体的这一定义不仅明确了商事主体与商事法律关系主体之间的区别，而且还明确了商事主体与商事行为的实施者之间的区别。这样，就澄清了多年来中国学者将商事主体视为商事法律关系主体的简称的错误认识，肯定了在同一法律关系中对于不同类型的法律主体来说其行为性质也具有相应区别。此外，将商事主体界定为个人和组织，既明确了在商事主体内涵与外延上含混不清的认识，而且还体现了中国目前的实际情况，也为今后商事主体形式的发展提供了法律空间。

因此，能够依商法规定以自己的名义直接从事商行为，享受权利和承担义务的个人和组织都具有承担商事责任的资格。而哪些依据民法，特别是依据《婚姻法》、《继承法》、《收养法》、《著作权法》等民事法律而从事的继承，结婚，离婚，析产，收养，非营利性的出借金钱、有价证券、房屋和物件，写作等非经营性质的民事行为的个人或者组织，则不具备承担商事责任的资格，而只可承担民事责任。区分承担民事责任与商事责任的最重要的区别在于，当事人是否具备法定的商事权利能力和行为能力。而确认是否为商事行为的最基本的标准是，其行为是否是依商法所规定的商事主体以营利性营业为目的而从事的行为。

（二）责任人是否实施了违法、违约行为

具备了商事权利能力和商事行为能力商事权利能力和商事行为能力的商事法律关系主体，如果有承担商事法律责任的后果，则必须具

有其实施的导致承担责任的行为。而承担法律责任的行为必然具有违法性、违约性。行为具有违法性、违约性是为商事法律责任的构成要件之一，是承担责任的基础。例如，《证券法》规定，信息披露义务人违反法律规定，进行虚假陈述并致使证券市场投资人遭受损失而应承担法律责任，该责任就是属于商事责任，其根据就是信息披露义务人具有违反《证券法》规定的法定义务的违法行为。再如，《票据法》规定，伪造、变造票据者，应当承担赔偿责任。这里的责任也属于商事责任的范畴。此外，《合同法》规定，合同当事人应当按照合同的约定，全部履行自己的义务，而缔约一方违反这一法定的合同义务，并以不履行、不完全履行或者未依合同约定的质量要求履行各方约定的合同义务，此当为违法兼违约行为。当然，如果是属于执行公务行为、紧急避险行为都能够因其具有合法性而不存在商事责任的承担问题。

（三）责任人主观上是否存在过错

商事行为人在实施违法、违约行为时的心理状态，也应当列为判断责任人是否需承担商事责任的必备要件。因为，行为人在实施违法、违约行为时的心理状态，不仅直接影响其行为的定性，而且还决定着其是否需承担商事责任或者承担的多少及比例。过错分为故意和过失。行为人明知自己的行为可能发生某种损害的后果，而仍然实施此种行为有意促成该后果之发生的，为故意。行为人对自己行为可能产生的损害后果应当预见、能够预见而未预见，或者虽然预见到了但却轻信其不会发生或者认为可以避免，以致造成损害后果的，为过失。故意又可分为直接故意和间接故意。行为人明知自己的行为必然或者可能发生某种损害的结果，并且希望这种结果的发生的心理态度，为直接故意。按照认识因素的不同内容，可以把违法、违约的直接故意区分为两种表现形式:

（1）行为人明知自己的行为必然会发生损害的结果，并且希望这种结果发生的心理态度。例如，信息披露义务人，明知如果对于证券交易信息进行虚假陈述肯定会导致证券市场投资人遭受损失，而决意为之，从主观上追求这种结果的发生。该信息披露义务人的心理态度即为第一种直接故意。

（2）行为人明知自己的行为可能发生损害的结果，并且希望这种结果发生的心理态度。例如，信息披露义务人知道，如果披露这些证券交易的虚假信息可能会导致证券市场投资人遭受损失，但是他对于是否会发生这个后果心里并无多大把握，只是希望能够发生这种后果，并在这种心理的支配下实施了披露行为。该信息披露义务人的心理态度即为第二种直接故意。

行为人明知自己的行为可能会发生损害的结果，并且放任这种结果的发生的心理态度，为间接故意。

在认识特征上，间接故意表现为行为人认识到自己的行为“可能”发生损害的结果的心理态度。即行为人根据对自身违法、违约的能力、损害对象等情况的了解，认识到行为导致损害结果的发生只是具有或然性、可能性，而不是具有必然性。

在意志特征上，间接故意表现为行为人放任损害结果的发生的心理态度。所谓“放任”，当然不是希望，不是积极的追求，而是行为人在明知自己的行为可能发生特定损害结果的情况下，为了达到自己的既定目标，仍然决意实施这种行为，对阻碍损害结果发生的障碍不去排除，也不去设法阻止损害结果的发生，而是听之任之，任由损害结果的发生。简言之，间接故意的放任心理就是有意听任损害结果的发生，发生了损害结果也并不违背行为人的意志。

过失又可分为疏忽大意的过失和过于自信的过失。行为人预见到自己的行为可能会发生损害结果，但轻信能够避免，以致发生这种结

果的心理态度，为过于自信的过失。其有两个基本特征：

（1）在认识因素上，行为人已经预见到自己的行为可能发生损害的结果。这种“预见”往往是与行为人从事的职业或者所具备的知识结构密切相连的。按照行为人的职业特征和知识结构，可以判定行为人是否具备预见这种损害结果能否发生的能力和可能性。例如，一个信息披露义务人，自然应当对于自己的披露行为具有一定的预见能力。

（2）在意识因素上，行为人之所以实施行为，是轻信能够避免损害结果的发生。所谓“轻信”，就是说，行为人过高地估计了可以避免损害结果发生的其自身的和客观的有利因素，而过低地估计了自己行为导致损害结果发生的可能程度。正是这种“轻信”心理支配者行为人实施了错误的行为而发生了损害结果，也正是这种“轻信”心理使过于自信的过失得以成立并使之区别于其他过错形式。

行为人应当预见到自己的行为可能会发生损害结果，因为疏忽大意而没有预见，以致发生这种结果的心理态度，为疏忽大意的过失。其有两个构成要素：

（1）行为人应当预见自己的行为可能发生损害结果。所谓“应当预见”，是指行为人在行为时负有预见到行为可能发生损害结果的能力和义务。这种预见的义务来源于法律的规定，或者职务、业务的要求，或者公共生活准则的要求。预见的义务与预见的实际可能是有机地联系在一起的，法律不会强人所难，要求公民去做它实际上物法做到的事情，而只是对有实际预见可能的人才赋予其预见的义务。行为人由于不可能预见而造成损害结果的，即使结果非常严重，也不能认定他对结果有过失而令其承担法律责任。

（2）行为人由于疏忽大意，而没有预见到自己的行为可能会发生损害结果。所谓“没有预见”，是指行为人在行为当时没有想到自己的行为可能会发生损害结果。

由上可见，作为过失的两种类型，过于自信的过失与疏忽大意的过失，在认识因素和意志因素上是有所不同的：

在认识因素上，对损害结果的可能发生，过于自信的过失已经有所预见，而疏忽大意的过失则根本没有预见。

在意志因素上，对损害结果的可能发生，二者虽然都持排斥态度，但过于自信的过失是轻信能够避免，而疏忽大意的过失是疏忽。

从法理及法律规定可知，过错，为商事责任承担的普通原则，有过错则承担责任，无过错则免责。据此，行为人的行为造成了损害结果并非必然承担商事责任，只有行为人实施违法、违约行为时主观上是故意或者过失的，即具备了承担商事责任的构成要件之一。但是，如果没有过错，若法律规定应当承担责任的，则不以人的主观过错为前提，此谓无过错责任原则，乃属法律规定的承担商事责任的特别原则，但是，除非有法律明文的特别规定，否则，不得滥用无过错责任原则。(注)在商事责任体系中，较之民事责任体系，商事主体承担无过错责任的几率要远远大于民事主体主体。关于此问题，将在下一节商事责任的种类中予以详细阐述。

（四）责任人的行为是否造成了损害后果

行为人的违法、违约行为所导致的不良实施结果，是依法应予承担相关责任的客观法律后果，这一后果不仅仅是损害事实的客观现实，而且是法律评判的尺度。承担商事法律责任的后果与承担民事法律责任的后果是不完全相同的。承担民事法律责任的后果并不全部表现为表现在财产损失，除了财产损失以外，也可能是人身损害后果，精神损害后果；也存在可以金钱计算的后果，无法以金钱计算的后果；可能预见的后果，不可能预见的后果；有形的后果，无形的后果；等等。(注)但是，商事责任承担的后果主要表现在财产损失，一般不包括人身损害、精神损害的后果、不可能预见的后果和无形的后

果，一般也只存在可以金钱计算的后果、可能预见的后果和有形的后果等。这与商事行为的营利性、经营性和风险性的有关特征密切相关的。如果承认所谓可预见和无形的后果，将会大大增加商事主体的经营成本和风险，从而影响和阻碍商事主体大胆地从事商事行为，而易使商事主体错失大好商机，挫坏商事主体的从事商事行为的主动性和积极性，于经济发展大大不利。因而，商事责任的责任人是行为造成的损害后果，只应包括可以金钱计算的、可预见的、有形的财产损失。

这里还需要研究的一个问题，那就是因果关系是否是商事责任的构成要件问题。一般民商法学者都认为行为与后果之间的因果关系是民商事法律责任的构成要件。对于此问题，笔者赞同樊成玮老师的观点，即：因与果本身是客观事物，关系只是一种联接，因果关系是指某种现象的关联性，而这种关系联接可用不同的观点和说明描述为不同的联接情形来供法官或仲裁员择其一种采信。因是指行为，果是指后果，二者是时间先后不同的客观“点”，不是当事人想象的，也不依审判人员的主观意志为转移，而因果关系实际是个逻辑概念，而非客观事实，是联接因——果时间上先后的桥梁纽带，它是人们对事物之间相互关系、相互影响的现象进行分析理解的抽象状态。这种关联和状态是不稳定的，因为人们对这种关联和状态可以从不同的角度，发表不同的观点，得出不同的结论，是不能肯定的因素。而这种不肯定的因素，是不能够成为法律意义上的要件的，充其量只是司法程序上论证分析的观点。[注]因而，笔者认为，因果关系不是民商事责任的构成要件。所谓要件乃必要条件，衡量标准，是度量他物的基准，而无须用他物反过来再论证要件的存在，由他物来测量要件。而因和果充其量只是一种联接，是不稳定和不确定的，它根本无法成为一种衡量事物的标准。因此，因果关系不应当成为商事责任的构成要件之一。

以上这四大要件，在法律逻辑上都是相互关联的，缺少任何一个要件则难以确立商事责任的承担与否。这四大构成要件乃确认每一商

事法律责任时必须予以考虑认定的，只是每一具体责任对要件构成的侧重点有所不同而已。如违约责任，则侧重强调行为而不一定强调后果。

五、商事责任的承担方式

所谓商事责任的承担方式，是指在依法确认行为人的违法、违约行为符合四大构成之责任要件的前提下，针对各类商事责任的不同性质和要求，以及发生行为后果的具体情况之不同、损害后果之不同，而总结归纳出来的应由行为人承担的具体责任内容。根据《民法通则》第六章第四节的规定，承担民商事法律责任的方式主要有：（1）停止侵害；（2）排除妨碍；（3）消除危险；（4）返还财产；（5）恢复原状；（6）修理、重作、更换；（7）赔偿损失；（8）支付违约金；（9）消除影响、恢复名誉；（10）赔礼道歉。此为承担民商事法律责任的基本方式，可以单独适用，也可以合并适用。如前已述，商事责任的承担方式与民事责任的承担方式不尽相同，因而，上述这些《民法通则》所规定的十类责任承担方式，不可能全部适用于商事责任的承担方式的范畴，那么究竟其中那些可以成为商事责任的承担方式呢？笔者认为，只有以下七种可以成为商事责任的承担方式：

（一）停止侵害

停止侵害，是指受害人直接要求侵害人终止正在进行或者延续的损害受害人合法权益的行为。此方式，是侵权行为受害人最基本的救济方式，也是较轻的一种责任方式，一般适用于对财产权、知识产权的侵害正在继续进行的情况，且不受行为时段的限制但受行为性质的限制。可适用于不正当竞争责任和侵害知识产权责任等类型的责任形式。

（二）返还财产

返还财产，是指侵害人将其非法占有或者获得的财产归还给所有权人和合法占有人的一种责任方式。此方式既适用于财产责任，也适用于违约责任。权利人可以直接要求行为人返还财产，也可以请求法院判令行为人返还财产。在原物存在并可返还的情况下，应予返还的财产是特定物的必须返还。如果权利人同意应予返还之财产不采取返还方式，或者应予返还的财产无法返还或已经受损，则应通过折价或原价计算，承担赔偿损失责任。返还时，原物的孳息必须同时返还。

（三）恢复原状

回复原状，是指使受害人的财产恢复到受侵害之前的状态的一种责任方式。适用此种责任形式的前提有二：一是可能性，即受损害的财产在客观上具有恢复的可能。二是必要性，即受损害的财产须有恢复原状的必要。此方式适用于财产权的保护，如基于商事保管合同，权利人可以直接要求行为人承担恢复原状责任，也可以请求法院判令行为人恢复原状。请求恢复原状权利的行使，在考虑被损财产可以恢复的情况下，还必须从经济角度衡量被损坏财产的修复是否有更大的效益，如果恢复对受害人已无必要，或者恢复不符合经济合理原状，则可以适用折价赔偿或者损害赔偿等责任形式。

（四）修理、重作、更换

修理、重作、更换，是指行为人违反商事合同的质量条款的民事责任形式。即行为人没有按照规定的质量、规格、型号交付标的物，权利人有要求行为人按照法律规定、行业标准或合同约定对标的物进行修补、重新制作或者予以更换的一种责任承担方式。[注]修理，是指使受损害的财产或者不符合约定质量的标的物具有应当具备的功能、质量。重作，是指重新加工、制作标的物。其主要适用于加工承揽合同，如定作物不符合约定的质量标准的，应当予以修理，修理仍达不到标准的，应当重作。更换，是指以符合质量要求的标的物替代已交付的质量不符合要求的标的物。[注]修理、重作、更换既适用于违约责

任，也适用于产品责任，属于要求继续履行义务或强制履行义务的责任形式，也是一种补救性措施。权利人可以直接要求行为人承担修理、重作、更换的责任，也可通过法院判令行为人承担修理、重作、更换的责任。

（五）赔偿损失

赔偿损失亦称损害赔偿，是商事法律关系之债权关系中适用最广泛的重要的商事法律责任规范，是指致害人因违反商事义务，对他人的财产造成不法损害时，依法应以自己的财产补偿对受害人造成的经济损失和精神损失的一种责任承担方式。此种商事法律责任形式，其以违法行为造成实际损害为其适用前提，适用于各类商事法律责任中。赔偿损失的目的主要在于填补受害人的财产所受到的损害，致害人的赔偿范围应与受害人受损的范围相当，包括实际损失和可得利益损失。赔偿方式既可以金钱赔偿，也可以实物赔偿，其目的在于使受害人所受损害最终在经济上得到补偿。

（六）支付违约金

违约金

支付违约金又可称为违约罚款，是指商事合同当事人依据法律规定或事先的约定，在无法定免责原因的情形下不履行或者不适当履行商事合同的约定义务时，有权要求违约一方向守约方给付一定数额的金钱的一种责任承担方式。此方式适用于合同责任，体现为对债权的保护，具有预定性、约定性、补偿性和一定的惩罚性，其目的在于保障合同当事人诚信依约履行合同义务，维护交易安全，保障社会经济秩序的稳定性。基于违约金支付的依据，可以分为法定违约金、约定违约金，也可进一步分出法定违约金与约定违约金结合之混合违约金。

（七）消除影响、恢复名（商）誉

消除影响，恢复名（商）誉，是指致害人对商事主体的商事人格权（包括商号权、商誉权与企业形象权）、知识产权等造成不法侵害时，依法在影响所及的范围内，采用一定方式消除受害人所遭受的不良影响，恢复受害人原有社会评价以挽回损失的一种责任承担方式。此方式原则上是在多大范围内造成不良影响和损害，致害人有责任在多大范围内消除。停止侵害是该责任承担方式的基础，只有先停止侵害行为，才能消除影响，恢复名（商）誉。受害人可以直接要求致害人消除影响、恢复名（商）誉，也可以请求法院依法判令致害人消除影响、恢复名（商）誉。致害人拒不采取措施为受害人消除影响、恢复名（商）誉的，法院可对致害人予以训诫、罚款，并将处理结果以登报形式公布。

六、商事责任的归责原则

商事法律责任的归责原则是从民事法律责任归责原则发展而来的，也可以说是民事法律责任归责原则的异化和分支。其是指对行为人从事商事活动所导致的某种可能依法、依约承担相应责任的事实状态而确定其责任归属的事由所必须依据的法律准则。通常而论，商事法律责任是由于商事法律责任主体有意识的行为，或者依附于人们有意识的行为所衍生并导致的财产及其它权益损害或经济损失的法律后果。非因商事法律责任主体有意识的行为，或者有法律明文规定不以人们有意识行为为必要条件的后果，则不承担责任。因之，商事法律责任的归责原则可分为两大类：一是主观归责原则，即以行为人主观上的过错为构成法律责任的必要条件，也称为过错责任原则，通常适用于一般商事侵权行为责任、商事担保责任等；二是客观归责原则，即以行为人的意志以外的某种客观事实如某种损害结果或者致害原因作为构成责任的充分条件来确定责任归属，也称为无过错责任原则或者严格责任原则，通常适用于特殊商事侵权行为、产品责任等。除了对传统的过错责任原则观点法学界较为一致外，在民商法律责任方

面，为了更体现公平合理原则，在商事领域已开始适用公平责任原则；在产品质量领域适用严格责任原则，等等。由此笔者认为，商事法律责任归责原则应主要分为三类，即：过错责任原则、无过错责任原则和公平责任原则。

对于商事法律责任归责原则的划分结论，应从商事法律、法规的条文规定中得出，目前主要体现在《民法通则》、《合同法》、《产品质量法》等法律中。就有关法律条款内容及表述进行研究，笔者倾向于将我国商事法律责任的归责原则分为：过错责任原则、无过错责任原则和公平责任原则三类。

（一）过错责任原则

过错责任原则是以行为人主观上存在过错为其承担法律责任的必要构成条件，即以当事人在商事活动中有“过错”才承担责任为其准则。因为“过错”是当事人自身的行为意志状态，所以又称为主观责任原则或主观归责原则，还可以叫做过失责任原则。此原则在法律规范中的规定较为普通。《民法通则》第106条第1款和第2款规定了自然人、法人违反合同；不履行其它义务；侵害国家、集体、他人的财产；侵害他人人身等行为中有过错的，都应当承担民事责任。再从《合同法》对各类违反合同义务所规定的责任，以及担保法、知识产权法、公司法、证券法、票据法、保险法、反不正当竞争法、产品质量责任法等民商法律规范中都可以看出，我国在追究行为人的商事法律责任时，以过错责任原则为普通原则，有过错才承担责任，若没有过错，除非法律另有特别规定，否则不承担责任。必须强调，这里所说的“无过错即无责任”并非针对所有的商事活动都具有普遍意义，而是仅针对法律规定的有过错才承担责任的条款所提出的原则标准。否则，就是绝对化、片面化。

过错责任原则所说的“过错”是指行为人在从事违法行为时的心理状态，是行为人对自己行为所造成的损害后果的主观态度，可分为故

意和过失两种违法行为状态，这二种行为状态又都有作为、不作为两种表现形式。此种界定对于过错责任的主观恶意大小、责任承担轻重，具有诉讼意义上的必要。即在判断行为人有无过错时应注意的是：过错虽然是一种心理状态，但它是通过行为人的违反义务的行为表现出来的，它的性质在于行为人的意志活动，反映行为人对自己行为的理解和判断能力。商事主体的过错既可以通过整个商事主体的行为表现出来，也可以通过其法定代表人或其工作人员的职务行为表现出来。[注]从行为主体的多寡来看，过错还可以分为独立承担责任的单独过错、承担连带责任的共同过错和当事人各方各自承担责任的混合过错。

所谓故意，是指行为人明知自己的行为可能产生某种违法后果，而仍然进行此种行为有意促成或放任该违法后果的发生的一种心理态度。这种明知而为之，明知而促成的故意违反商事合同义务、故意侵害他人权益的情形，为商事法律责任中主观恶意最大而为法律所首要规定、重点予以制裁的行为。所谓过失，是指行为人对自己的行为可能产生的违法后果应当预见，能够预见而未预见，或者虽然预见到了但却轻信其不会发生，以致造成违法后果的一种心理态度。商事法律责任中过错责任原则的故意和过失，可以参照刑法学理论又可细分为直接故意和间接故意，疏忽大意的过失（无认识的过失）和过于自信的过失（有认识的过失）。一般地说，行为人只要主观上有过错，不论是故意还是过失，均应承担法律责任。所以，就行为责任定性而言，对行为人应承担的责任划分故意或过失的意义并不大，当然，就责任承担的定量来说，“故意”的责任应该比“过失”的重大，对于“过错”，在追究商事法律责任中应有轻重之别，方有准确定性严格执法的司法意义，也符合当事人的权利请求和利益抗辩的平等法律要求，因此，从民法理论的角度，过错可以区分为故意、重过失和轻过失三种。[注]轻过失又可分为“抽象轻过失”和“具体轻过失”。

重过失作为过失行为之一种，是指根据人们一般的常识和通常的经验都能注意到，不至因疏忽而违法、违约，但行为人却因疏忽而违法、违约。由于这种过失程度最高，违法性质最重，因而称之为“重过失”；而轻过失也称一般过失，是指因不属于具有相关专业和知识的特定的人，或者是商事主体或事件的本人未尽到应有的注意，而疏忽大意注意不到导致了违法、违约。不具备专业知识的人注意不到具专业知识才能注意到的事情而造成疏忽当然在一定程度上情有可原，其过失的性质就轻些，其责任就小些。对类似这种轻过失，又可称其为“抽象轻过失”。至于商事主体或事件的本人对于有问题的外人要更注意防范，非商事主体、非本人虽然就像处理自己的事务那样小心谨慎，但仍因没能注意而疏忽了，其过失的性质当然也轻些，其责任当然也小些。此类轻过失又可称之为“具体轻过失”。

可见，过错责任原则在商事责任中属于普通原则，适用于绝大多数商事责任中，如违约责任、缔约过失责任、担保责任、侵犯知识产责任、商事登记责任、不正当竞争责、商业保险责任、票据责任、证券违法责任、违反商事组织责任、企业终止清算责任等都可适用过错责任原则。它也是我们研究的重心。

（二）无过错责任原则

无过错责任原则是指因致害人的行为结果致使他人的权益遭受侵害或者违反保护他人的法律，既不考虑致害人有无过错，也不考虑受害人有无过错，而当然令致害人承担法律规定的责任和义务的法定责任形式。无过错责任原则即为《民法通则》第106条第3款规定的“没有过错，但法律规定应当承担民事责任的，应当承担民事责任。”这就是我国民商立法正式肯定的无过错责任原则。依此原则，致害人尽管主观上没有过错，但法律规定在特定情况下，其应当对某些行为（作为、不作为）后果承担法律责任时，致害人仍应承担。因此，无过错责任实质上是一种严格责任，即在某些特定条件下，不论致害人主观

上有无过错，只要其行为给他人造成财产上的损害，就应承担责任。无过错责任原则的意义在于无须受害人对加害方的主观过错举证，法院无须对此进行审查，这样就大大地简化了诉讼程序。㊟无过错责任原则与过错推定原则的不同在于致害人只能证明受害人未受损害，或者证明损害系由受害人自己的过错所引起，但不能证明自己无过错而要求免除责任。

无过错责任原则与过错推定原则一样，其适用是法定的。该原则依中国现行法律主要适用《民法通则》规定的几种侵权责任行为：第121条规定的执行职务损害责任；第122条和《产品质量责任法》、《消费者权益保护法》等规定的产品质量责任；第123条、第125条、第127条规定的公共安全损害责任；第124条规定的污染损害责任；第133条规定的监护人责任等，均适用无过错责任原则。虽然如第123条和127条这部分条款规定了因受害人的过错或第三人的过错而免除致害人的民商法律责任，但在不能够证明或没有他人过错原因的情况下，针对致害人而言，则属于是不需要任何抗辩证据，不赋予任何抗辩理由的法定责任。

当然，承担无过错责任必须有损害事实并存在导致法律责任承担的后果，否则，致害人不承担责任；适用无过错责任原则必须依据法律明文之特别规定，只有法律规定不以过错或推定过错为责任构成要件时方能适用。不允许任意扩大或缩小无过错责任原则的适用范围。因而，在中国，无过失责任可以认为是一项特殊的归责原则。但它仍然应当是一项独立的归责原则。

从商法角度上看，该原则主要适用于产品责任，以及一些涉及环境侵权的商事责任中。

（三）公平责任原则

在商事活动和司法实践中，有一些违法行为之后果并不能证明且事实上也不存在当事人各方有过错，而又不属于法律关于过错责任原则或无过错责任原则之任一规定条款中，如何确定这类情形责任后果的承担呢？《民法通则》第132条规定：“当事人对造成损害都没有过错的，可以根据实际情况，由当事人分担民事责任。”此即为我国法律对公平责任原则的规定，也就是说，在民商法律关系的各方当事人对违反法律规定或侵权致人损害之事实和后果的发生均无过错，而法律又无特别规定时，则应根据实际情况，由双方公平合理地分担责任。该原则几乎已被现代各国的民商事立法所确认，这一原则的确立为解决当事人均无过错，而又不宜适用客观责任原则的致人损害，找到了一条适当途径，使人们摆脱了法理与情理相悖的矛盾局面。不论在理论上还是实践中，其进步意义都是显而易见的。[注]

对公平责任原则在我国民法学界的争论较大，有学者认为公平责任原则是对过错责任原则的补充，[注]也有学者认为其实为无过错责任之一种。笔者认为，《民法通则》第132条的规定的情况既不属于过错责任原则和过错推定原则所解决的，也不能将无过错责任原则作为扩大解释而将其包容在内，更不是“和稀泥原则”。公平责任原则并非是一项可以被排除掉，或者被其它原则“同化”归类的原则，而的确是可独立存在的特别归责原则。

公平原则可以适用于违约责任、缔约过失责任、担保责任、船舶碰撞责任中。

适用公平责任原则适用公平责任原则应注意以下问题：

（1）公平责任原则是以公平观念作价值判断标准来确定责任的归属。所谓公平观念绝不是指平均，而是要根据案件的具体情况、受害人所受损害的程度、当事人的经济状况等，由当事人合情合理地分担商事责任。

（2）公平责任原则适用于当事人均无过错而法律又没有规定适用无过错责任的情况。如果一方有过错或第三方有过错，都不能适用公平责任原则。

（3）公平责任原则主要适用于侵害财产权案件，且限于直接财产损害赔偿。

（4）公平责任原则只有在法律没有特别规定适用无过错责任原则，面按过错责任原则来处理有关案件又显失公平的情况下才能适用。

七、商事责任的免除和减轻

商事法律责任的免除与减轻，通称为免责，是指商事行为人对其违法、违约或不履行其它义务等行为具有不成立或不完全成立的抗辩事由，因而依照法律规定对违法、违约后果不承担或者不完全承担责任的法律规定情形。综合我国民商法律规范对于相关商事法律责任免除或减轻的规定，主要有：不可抗力、意外事件、紧急避险、自助行为、第三人和受害人过错、合同标的物的特性等。

（一）不可抗力

不可抗力又称人力不可抗拒，是指人们在主观上不能预见或虽能预见但在客观上非人力所能避免和控制，且非当事人的过错和人为造成之情事。不能预见、不能避免、不能克服为其缺一不可的三要素。一般来讲，不可抗力是当事人所抗拒不了的一种客观力量，大体可分为自然原因（如洪水、台风、地震、瘟疫等）和社会原因（如战争、暴乱、罢工、禁运等），或可统称为天灾、人祸两种情况。随着科学技术的发展，许多天灾也是可以预报并可有效采取预防措施的，而随着社会组织管理的提高，政权力量的强大，许多人祸也是可以预防和

避免的。能防不防、能避不避所造成的损失或违约，则应承担责任。同时，在一方遭受不可抗力事故后，应按规定及时通知对方，以减少或避免给对方造成损失。而若行为人是在拖延履行义务之中遇上不可抗力的，则仍应承担相应的商事责任。

（二）意外事件

意外事件，是指非商事行为人的过错而偶然发生的事故并造成损害之情事。意外事件乃属人为的结果，均非当事人自己的故意或过失。所以，意外事件的责任免除，尚须行为人对自己行为的无过错负举证责任，否则，推定其为有过错并承担责任。意外事件并非绝对免除责任，意外事件的抗辩仅仅适用于一般责任，而不适用于无过错原则下的特殊责任、公平责任、严格责任，此是与不可抗力的重要区别。

例如，1982年，英国商船“尼玛号”经一次往返航行后抵达加拿大的索罗尔市，准备按约定在该市装上货物后再驶往西班牙。索罗尔市位于圣劳伦斯河畔，一年中有数月是被冰雪覆盖；当时又正赶上当地码头工人罢工，无法装船。因而，船主与承租人之间发生了争议。承租人主张“尼玛号”应停在索罗尔市，等罢工结束后再装船，否则再返索罗尔市时将遇封冻期。船主则主张：若等待罢工结束再装船必然会超越租期，其保障“尼玛号”适航状态的义务已经因意外事件丧失了意义，因此，要么“尼玛号”应按约驶往西班牙，要么应提前终结合同。

此后，双方当事人经协议，指定一名仲裁员仲裁。该仲裁员裁决：本案尚未履行完的租船合同已经没有了意义，应提前终结合同。承租人不服仲裁，向法院申请司法审查并要求上诉，法院经审查后认为原仲裁裁决成立，但批准承租人上诉。上诉法院经审理变更了仲裁裁决，承租人仍不服上诉至英国上议院。上议院最后判决：①初审法院不应准许承租人的上诉申请，也不应准许其上诉至高等法院，因为根据英国《1979年仲裁法》的规定，对仲裁庭作出的事实上的裁决，

不能向法院上诉，当事人仅就仲裁裁决中的法律问题有权向高级法院上诉。②本案仲裁关于终结租船合同的裁决是正确的，有关法律的规定与精神，承租人的要求不应支持，原裁决有效。[注]

（三）紧急避险

紧急避险属自卫行为之一种，是指商事行为人为了社会公共利益，他人或本人合法的财产权益免受更大的损害而客观上不可能采用其它措施加以避免时，不得已而以造成另一少量的损失换取更大利益而采取的紧急措施。[注]根据《民法通则》第129条的规定，紧急避险所造成的损失乃为法律所许可，所以避险行为人不承担责任。根据法律要求，紧急避险的条件为：（1）采取紧急避险行为必须是面临正在发生的危险，不能是过去发生或可能发生的，不得误想避险；（2）客观上是在没有其它办法可以采用来避免险情的情况下实施的，且是绝对必需的；（3）紧急避险行为所保全的必须是合法的权益；（4）紧急避险所保全的权益必须大于所损害的利益，且是有效的并符合法益权衡法则，不能超过必要的限度造成避险过当导致不应有的损失。否则，应当承担适当的责任。因紧急避险遭受一定损失的受害人要求补偿的，法院可以责令避险受益人适当补偿。

（四）自助行为

自助行为亦称自力救济，是指商事行为人为保护自己的合法权利，在情事急迫而又不能及时寻求公力救助的情况下，凭借个人力量对他人的财产施加的法律或者社会公德所认可的强制行为。在通常情况下，权利人不得以自己的行为为保护自己的利益而对他人造成损害，否则构成侵权。在行为人的合法权益受到损害时理应请求政府公力保护，但如情事紧迫，非对他人的财产直接加以拘束、扣押或毁损不能达到保全的目的，法律应允许权利人自力救济。所以，合法的自助行为不负法律责任。根据法律要求，自助行为的条件为：（1）须为保护自身的合法权益而对他人的财产加以拘束、扣押或毁损；（2）须

凭个人能力达其维权目的，而不能借助非国家政府合法机关以外的其他组织、机构，尤其是非法社会组织；（3）须情事紧迫，来不及向政府机关请求援助，若不在当时进行自助行为，则请求权将得不到实行或其实行显然有困难；（4）须于事后立即提请有关部门处理，寻求公力救助；（5）自助行为不超过必要限度，否则，应负损害赔偿之责。

（五）受害人或第三人过错

受害人或第三人过错，是指损害后果的发生乃因受害人自己的过错或者第三人的过错造成的，而行为人并无过错，因而由受害人本人或有过错的第三人对损害后果承担部分责任或全部责任，行为人则减轻或免除其商事法律责任。这一免除或减轻责任规则主要适用于过错责任原则，而对于无过错责任原则者只适用于产品责任中，商品生产者或者销售者能够证明，产品对受害人造成的损害是由于受害人或第三人未按照说明书的明确提示，而错误地使用或操作产品而发生的损害的情况。但对于《民法通则》第123条规定从事高空、高压、易燃、易爆、剧毒、放射性、高速运输工具等对周围环境有高度危险的作业造成他人损害的，作业人欲不承担责任，则必须证明是由受害人故意造成的。但若仅为受害人过错中的过失造成都不可以免责。

该免除和减轻责任规则既适用于产品质量责任，也适用于违约责任和担保责任。

（六）合同标的物的特性

合同标的物的特性，是指合同权利义务所指向的具体有形的标的对象所具有的自然性质，因合同履行期限的变化而导致的行为人应负责任的免除或减轻。最常见的情况有：

（1）基于鲜活物品的自然属性，货物本身的潜在缺陷，农副产品季节性特征等；

（2）在符合法律和合同规定条件下的运输，因货物本身性质引起的破碎、生锈、减量、变质或自燃等；

（3）国家主管部门规定的货物的自然合理损耗，有生动植物的疾病、死亡、枯萎、减量等货物损失等，承运方均不负赔偿责任。

此外，下列情形也可以免除或减轻当事人的责任：

（1）根据追诉时效原则，违法、违约者在其违法、违约行为发生一定期限后，不再承担强制性、惩罚性的法律责任的时效免责；

（2）各方当事人在法律允许范围内的补救免责、协议或议定免责；

（3）依照商事案件“不告不理”规则的不诉免责。

商事责任的免除和减轻制度，既是体现法律对从事原本就充满风险的商事行为的商事主体承担法律责任的一种宽宥和保护政策，同时也反映了民商事法律规范所体现的公平与公正原则。该制度体系应当体现在未来的商法通则中。

---

1. 徐开墅：《民商法的理论与实践》，上海社会科学出版社2004年版，第212页。
2. 参见樊成玮：《民商法律责任通论》，中国法制出版社2005年8月版，第3页。
3. 参见樊成玮：《民商法律责任通论》，中国法制出版社2005年8月版，第9页。
4. 参见参见樊成玮：《民商法律责任通论》，中国法制出版社2005年8月版，第11页。
5. 参见参见樊成玮：《民商法律责任通论》，中国法制出版社2005年8月版，第12页。
6. 参见范健、王建文：《商法基础理论专题研究》，高等教育出版社2005年7月第1版，第140页。
7. 参见樊成玮：《民商法律责任通论》，中国法制出版社2005年8月版，第15页。
8. 参见樊成玮：《民商法律责任通论》，中国法制出版社2005年8月版，第15页。

9. 参见樊成玮：《民商法律责任通论》，中国法制出版社2005年8月版，第16页。

10. 参见樊成玮：《民商法律责任通论》，中国法制出版社2005年8月版，第20页。

11. 王利明主编：《民法》，中国人民大学出版社2000年6月第1版，第568页。

12. 参见王利明等：《民法新论》，中国政法大学出版社1988年版，第469页、第470—472页。

13. 同上注，第472页。

14. 佟柔主编：《中华人民共和国民法通则简论》，中国政法大学出版社1987年版，第245页。

15. 蓝承烈："论公平责任原则"，载《学习与探索》1987年第3期。

16. 同上注。

17. 苗延波、赵彤：《外国民商经济法选粹》，甘肃人民出版社2001年版，第25—26页。

18. 参见樊成玮：《民商法律责任通论》，中国法制出版社2005年8月版，第36页。

第二节 商法通则中商事责任的种类

一、违约责任

（一）违约责任概说

违约责任是合同责任的主要表现形式之一，合同当事人因不履行合同或者履行合同不符合约定条件而违反合同义务所引起的法律后果，依法应当承担的民商事责任。违约责任在内容上主要是一种财产责任，具体表现为支付违约金、赔偿损失和继续履约等，在本质上是对违反义务要求的一种惩罚性和补偿性相结合的法律制裁措施。违约责任产生的前提是存在有效的合同。无效合同、未成立的合同或撤销的合同不为法律确认和保护，因而也就不存在合同的违反和违约责任的构成与承担。因此，违约责任只是保护有效的、现实存在的合同行为的一种法律制度。

根据中国《合同法》的规定精神，违约形态主要分为拒绝履行、迟延履行、不当履行和预期违约四种情形。

1.拒绝履行。拒绝履行是指合同经有效成立后至履行期届满之时及此后，义务人能履行而无正当理由明示不履行或以行为表明其拒不履行合同义务的行为。拒绝履行从根本上违反了合同义务，无论其意思表示是明示的还是默示的，无论是非依法免责的其它原因还是因义务人自身的过错导致合同到期不能履行，均应被视为拒绝履行。只要在履行期到来时义务人无正当理由不履行义务，不管其以何种借口解释不履行的合理性，都不能免除拒绝履行应负的责任。在拒绝履行的情况下，违约当事人不仅在履行期到来之前没有做任何履行，而且履

行期限届满之后也不会做任何履行。如果义务人在履行期限到来之前，做出拒绝履行的意思表示，应视为预期违约。

2.迟延履行。迟延履行是指在合同约定的履行期之后的履约行为，或称之为违反履行期的违约行为。合同的履行期应依当事人之间的约定来确定，义务人于期限届满之前可履行并愿意履行但未履行，自期限届满之时起，即负迟延责任；如未约定期限，经权利人请求并催告未履行者，自催告期限届满时起负迟延责任。如果在迟延之后，义务人明确表示不愿意再继续履行，则迟延履行转化为拒绝履行。根据《合同法》的规定，只要当事人违反了履行期限的规定，不必要经过催告，就构成迟延履行。迟延履行包括义务人在履行期限到来时，能够履行而没有按期履行义务之给付迟延（或称债务人迟延），以及权利人在义务人做出履行时，未能及时或不及时接受义务人的履行之受领迟延（或称债权人迟延）。

3.不当履行。不当履行是指义务人虽然履行了相关义务，但其履行在质量上不符合法律规定或合同约定。不当履行与迟延履行虽均属不完全履行的违约形态表现，但前者是处于已履行的积极状态，后者是处于未履行的消极状态。根据《合同法》第111条的规定，不当履行并非数量不足或方法不适当，而主要指履行质量违反了法律规定和合同约定。不当履行也称为瑕疵履行，指债务人没有完全按照合同的约定所为的履行，例如履行的数量不足、品种不全、地点不妥、方法不当或未履行附随义务等。

4.预期违约。预期违约，是指在商事合同履行期限到来之前，义务人并无正当理由却明确肯定地表示未来将不履行合同，或者有确凿的证据证明义务人未来将不履行或不能履行合同。违约责任的构成要件一般可归纳为：（1）违约责任的当事人必属所涉合同的当事人；（2）当事人一方的违约行为；（3）违约方的违约行为直接或间接地导致了守约方的损害后果。同时，违约责任乃以有效合同的存在为前

提，违约责任是一种财产责任，违约责任条件可以由当事人约定，违约责任只能发生在已经特定化了的多数人之间。

（二）违约责任的归责原则

违约责任的归责原则，是指合同当事人在拒绝履行、迟延履行或者不当履行合同义务，以及预期违约的行为发生以后，应基于哪些归责事由，依据何种根据来确定该当事人承担责任的法律准则。违约责任的归责原则是确定违约者之责任承担的根据和标准，它既决定着违约责任的构成要件和违约损害赔偿范围，也决定着当事人何方负举证义务、举证责任的内容，以及是否存在免责事由。因而，各国民商事立法在违约责任的归责原则方面，主要采纳了过错责任原则或无过错责任原则。较为变通的观点认为，在大陆法系国家，过错责任原则为违约责任的一般归责原则，但并没有绝对排斥无过错责任原则。[注]英美法在采纳严格责任的同时，也没有完全否定过错因素在确定合同责任方面的意义。[注]

根据中国《民法通则》和《合同法》所规定的违约责任，中国法律规定的违约责任的归责原则应是过错责任原则和例外情况下的无过错责任原则。

（三）违约责任形式

1.继续履行

继续履行是指一方违反合同约定时，另一方有权请求法院强制违约方依据合同的规定继续履行其义务的违约责任承担方式。这是对于违约行为采取继续履行为主，赔偿损失为辅的救济原则下的补救方式，中国《合同法》第107条规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行……等违约责任”，乃将继续履行作为违约责任承担方式的首选。继续履行也是《合同法》

第60条关于“当事人应当按照约定全面履行自己的义务”之全面履行原则的具体体现。全面履行原则主要是强调合同当事人应当依据合同的约定和法律的规定全面履行其合同项下的义务。债务人全面地、适当地完成其合同义务，债权人的合同债权得到完全实现，所以合同全面履行原则，包括了正确履行原则或适当履行原则。[注]

继续履行须以当事人违约为前提，否则不发生继续履行的违约救济。继续履行未增加债务人的负担，但是它迫使当事人继续履行合同规定的义务，这种履行具有国家强制性，对违约方有惩戒的作用。因此，继续履行不是单纯的合同债务的履行，而是一种违约责任是形式。

2.支付违约金

中国法律并没有对违约金下一个明确的定义。我们可以根据《民法通则》和《合同法》的规定精神，从司法实践和法律实务中总结出一个概念，即违约金是指由当事人在合同中预先约定的，当一方当事人违约时独立于履约行为之外而应向另一方当事人给付一定数量的货币金额。违约金支付责任的成立乃以合同的有效为前提合同无效，不存在违约，违约金支付责任就不成立；合同主义务免除或转让，违约金债务也随之免除或转让。由此而论，违约金的性质是从债务、从责任。因此，双方当事人一般应在保证其合同有效性的基础上，确定在哪一种违约情形下应由违约方承担违约金支付责任，且予明确约定违约金的数额，即可以约定一个固定的总额，也可以约定一个违约金比例，该比例即可以是依合同约定的全部标的额总价值计算比例，也可以是依合同未履行部分的价值额度计算比例。

根据《合同法》第114条第3款关于“当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务”的规定之下，只要当事人没有特别约定，支付违约金的行为不能替代履行合同，违约金是独立

于履约行为之外的给付责任，违约方不得在支付违约金后而免除履行合同义务。

3.赔偿损失

赔偿损失又称损害赔偿，是指违约方因违约行为而给对方当事人造成损失时，依法或者根据合同约定应向对方当事人承担的补偿责任。赔偿损失的实质就是法律强制违约方给守约方一笔金钱，目的在于弥补守约方因违约所遭受的损失，因而，赔偿损失不同于违约金的根本点在于，它是以违约行为造成财产损失的事实为基础，没有损失就没有赔偿，损失作为一种事实状态，是违约损害赔偿的前提。赔偿损失作为违约责任中最常用的重要救济措施，在性质上主要是补偿性的，而一般不具有惩罚性，既可以单独适用，也可以与其它责任形式并用。

赔偿损失的目的在于补偿和填补守约方因对方违约造成的损失，且赔偿的范围和程度应以守约方实际遭受的全部损失为原则，即完全赔偿原则。完全赔偿是对守约方的利益实行全面、充分保护的有效措施。《民法通则》第112条规定："当事人一方违反合同的赔偿责任，应当相当于另一方因此所受到的损失。"《合同法》第113条规定，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益。违约情况下的赔偿损失是在平等协商达成的合同基础上产生的，其本质是公平有偿、等价交换关系的反映。当事人在法律规定的幅度范围内可以自由地设定，可以用具体金钱数额表示，也可以采用某种损失计算方法确定赔偿。当事人有约定的，从其约定，当事人若无约定，根据法律规定，其赔偿的范围应当包括违约行为给守约方造成的既得利益损失和可得利益损失。

4.其它补救措施

其它补救措施是指在合同当事人一方履约标的物有瑕疵的情况下，另一方有权在上述违约责任形式之外，要求违约方采取补救措施予以补正。根据《合同法》第111条的规定："质量不符合约定的，应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确，依照本法第61条的规定仍不能确定的，受损害方根据标的物的性质以及损失的大小，可以合理选择要求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等违约责任。"

在瑕疵履行的情况下，如果瑕疵可以补救，守约方有权要求违约方修补瑕疵，并由违约方承担补救费用。如果补救费用难以确定，可由当事人约定赔偿一笔费用，或者由守约方先采取保护性自我补救措施，在市场上购买与合同规定的标的物之种类、数量、质量相同的替代商品，由违约方支付因购买替代物所付出的价款。若在选择了修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等责任形式补救之外仍有损失的，守约方仍有权要求违约方赔偿损失。[注]

二、缔约过失责任

缔约过失责任，是指在合同订立过程中，当事人一方或双方因故意或过失违背其基于诚实信用原则所产生的附随义务即先合同义务，致使合同不成立，或被确认无效或者被撤销，由此给确信该合同能够成立的当事人造成损失时，过错方依法应承担损害赔偿责任。所谓先合同义务，是缔约双方基于诚实信用原则，在互相接触磋商中逐渐产生的注意义务，包括协力、照顾、通知、保护、保密、忠实等多个方面。这些义务并非自始确定，而是随着合同订立的进程，依事态发展而产生，所以是一种附随义务。合同订立磋商的进程，是当事人之间发出要约邀请、要约、反要约、再要约……或者交叉要约，直到承诺达成合意的过程。在这个过程中，当事人可能经过讨价还价与磋商之后，达成合意而使合同成立，也可能因为不能达成合意而导致合同不

能成立，或者合同成立后被确认无效或被撤销，而此类结果乃因当事人有违诚实信用原则的故意或过失行为并造成相对人信赖利益的损失。由于合同未能成立，显然不具备合同责任基础，受害的相对人当然也不存在依据合同请求损害赔偿或者请求承担违约责任问题，只能依据法律规定的缔约过失责任请求赔偿。

中国在《民法通则》中即有采纳缔约过失责任理论的立法精神。其第61条规定："民事行为被确认无效或者被撤销后，当事人因该行为取得的财产，应当返还给受损失的一方。有过错的一方应当赔偿对方因此所受的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的损失"。但对此制度进行专门而明确地规定则是在《合同法》中。首先，在《合同法》总则中确定了缔约定过失责任的法律原则，第6条规定："当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则"；随后在第42条规定："当事人在订立合同过程中有下列情形之一，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任：（一）假借订立合同，恶意进行磋商；（二）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；（三）有其他违背诚实信用原则的行为。"接着在第43条又规定："当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密，无论合同是否成立，不得泄露或者不正当地使用。泄露或者不正当地使用该商业秘密给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任。"

在民商法律行为的社会实践中，作为违反先合同义务之法律后果的缔约过失责任有多种表现，上述法律规定并不是全面穷尽地列举了各种缔约过失具体现象，除了上述列举的主要现象外，还包括：（1）擅自撤回要约的责任；（2）未尽心协力义务的责任；（3）未尽通知义务的责任；（4）未尽保护义务的责任；（5）未尽保密义务的责任；（6）未尽忠实义务的责任；等等。

缔约过失责任的法律特征可以概括为：缔约过失责任是民商法律责任但并非合同责任，缔约过失责任是发生在缔约过程中的商事法律

责任，缔约过失责任是违反先合同义务而产生的民商法律责任，缔约过失责任是以诚实信用原则为基础的，缔约过失责任不以惩罚性为特征，而是以补偿性为承担方式的民商法律责任。

缔约过失责任的构成为以下四大要件：其一，发生缔约过失行为；其二，造成财产损失后果；其三，行为人存在主观过错；其四，责任限定于缔约协商阶段。(注)

三、担保责任

担保责任亦称保全责任，是指根据法律规定或者当事人之间为保证合同履行，防范履约风险而设定的义务，当债务人逾期不履行约定的债务或其他约定义务，债权人以债务人提供的抵押物、质押物、定金充抵债权的部分或全部，或者由保证人依法承担一般或连带的保证责任的法律后果。担保责任不仅适用于民事责任，也同样适用于商事责任，因此，它具有二重性。

担保形式总体上分为三大类：

1、以物担保，即债务人或第三人以其所有的特定财产，或者自行以动产或权利证书交付债权人占有而设定质权，或自行以不动产作担保但不转移占有而设定抵押权，或者直接基于法律规定的条件而发生的留置权以保障债务的履行和债权的实现的担保措施。为担保债务的履行而在一定财产上设定的权利，称为担保物权，抵押权、质权又称约定担保物权，留置权又称为法定担保物权。当债务人不履行债务时，债权人有权从处分担保物的价金中满足其债权要求。第三人所提供的担保物被处分用以偿还所担保的债务后，该第三人对债务人则处于债权人地位。

2、信用担保，该类担保不是债务人自身的信用，而是以第三人的信用与债权人建立的担保法律关系，其形式就是保证，约定于债务人不履行债务时由该第三人代负履行责任的担保措施。该负担保责任的第三人谓之“保证人”，是由保证人以自己的信用担保债务人履行债务，如无特别约定，保证人和债务人对债权人应负连带清偿责任。已向债权人履行债务的保证人，有权向债务人请求返还其所为的给付。

3、金钱担保，是指在债权债务设定的同时另行约定交付一定数额的金钱作为债务履行的担保措施，即谓定金。该定金的丧失或返还则与债务履行与否联系在一起，从而促使当事人双方认真对待约定，积极履行债务，保障各自经济利益的实现。

其具有保障性和从属性的特点。

四、产品侵权责任

产品责任与担保责任一样，也具有二重性，其既是民事责任的表现形态也是商事责任的重要形式。只是其作为民事责任时更侧重于对于消费者权益的保护，其直接涉及到消费者权益保护法所规定的产品购买、使用者享有的保障安全权、消费知情权、自主选择权、公平交易权、依法求偿权、知识获取权、维护尊严权、监督批评权等权益的落实与维护。产品责任是侵权责任的重要表现形式，产品责任所侵害的也是一种绝对权。

产品侵权责任，是指产品制造者、销售者以及其他相关当事人对产品的生产、制造、设计、加工有缺陷，或者销售质量不合格的产品以及违反产品质量义务，造成他人人身或缺陷产品以外的财产损害，依法应承担侵权责任的民商法律责任后果。产品侵权责任所涉及的产品是指经过工业化加工、制作并用于销售的产品，它不包括初级农产品等天然物品和不动产建筑工程，且所涉产品必须是处于流通领域的

商品，包括仓储、运输、购买、使用、消费等过程中因产品质量缺陷而发生的侵权行为。也就是说，产品的生产者、销售者将产品作为交易客体时，应使产品具有法律所规定的，购买、使用者或用户可期待的安全性，若其将产品投入流通时不消除安全隐患，存在质量缺陷，造成损害后果，则应承担侵权责任。[注]

导致产品侵权责任产生的原因主要有一下三种：

1.产品生产、加工制造者在其生产制造或加工过程中及工序完成后，对于产品质量监督检查，防止并管制不合格产品进入流通领域，以及避免合格产品在购买、使用过程中发生损害事件问题上，未尽到所负有的注意义务，而导致的产品质量责任。

2.产品设计或构造本身缺乏法律要求的“符合保障人身、财产安全的要求”，而产品设计或构造的缺陷会造成同一产品共性的危害，可能在流通领域和使用过程中多次反复地发生事故，无论因其技术水平能否克服这一设计或构造缺陷，还是事前是否已经预见到这种设计和构造缺陷的存在，其继续生产、制造或加工、销售，则导致产品侵权责任。

3.生产、销售者对具有一定危险性或副作用的产品未予适当指示、说明或警告，或者指示、说明、警告不明确、不充分，未达到防止损害发生的效果，因而导致产品侵权责任的承担。

目前，在产品责任问题上，中国已经颁行有《民法通则》以及《产品质量法》、《消费者权益保护法》、《食品卫生法》、《广告法》等法律规范，以及相关的行政法规、部门规章和地方性法规，并依据上述法律法规建立了严格的产品质量检验制度，产品质量认证制度、产品质量监督检查制度、企业质量体系认证制度、某些特殊或重要产品的特殊管理制度等，但仍然有人因利益驱动而在生产或出售的产品中以次充好，以假充真，尤其在食品、医药、化妆品等与人们日

常生活密切，直接关系到广大民众人身健康的日用消费品中，添加过量化学成份或添加有毒有害物质，或者出售过期变质的食品、药品而损害人们的健康，甚至致人死亡；生产、销售不符合国家安全标准的机电产品、家用电器、生产或生活器具，使购买、使用者的生命健康受到威胁，并导致产品侵权责任案件的大量发生。

产品责任的认定和承担一般来讲应同时具备：

1.生产或销售的产品质量有缺陷。这里所说的产品质量有缺陷主要是指：不具备产品应当具备的使用性能而事先未说明的；不符合在产品本身或者其包装上注明采用的产品标准的；不符合以产品说明、实物样品等方式表明的质量状况的；产品存在缺陷，即产品存在危及他人人身及缺陷产品以外的财产安全的不合理的危险，不符合保障人体健康、人身财产安全的国家标准、行业标准的。

2.必须以因产品质量问题造成人身伤亡或财产损失的事实存在为前提，包括：（1）致人死亡、致人伤残的人身伤害；（2）因产品质量缺陷致人损害造成受害人的精神痛苦和精神创伤；（3）造成他人财产上的直接损失和间接损失。没有损害事实的发生，即使产品存在质量缺陷，也不存在产品责任的承担。如果损害事实的发生不是由于产品质量造成的，而是由于其它原因造成的，则生产者和销售者不承担产品侵权责任。

生产者的产品侵权责任实行无过错责任，亦即只要其设计、生产、制造、加工的产品存在缺陷并造成他人人身、财产（不包括缺陷产品自身）损害，不论主观上是否有过错，生产者均应承担责任；销售者的产品侵权责任实行过错推定原则，亦即由于销售者不能证明自身无过错而令其销售的存在质量缺陷的产品造成他人人身、财产损害的即推定销售者有过错而应承担责任。也就是说，在销售者不能指明缺陷产品的生产者，也不能指明缺陷产品的供货者时，且不能证明自己无过错时，即推定其有过错而应承担责任。产品购买、使用者因产

品缺陷遭受人身、财产损害时，有权直接请求产品的生产者、销售者承担连带责任，而不用先证明生产者、销售者哪一方是否有过错。

2000年九届人大常委会修改通过的《产品质量法》确立了民事赔偿先行原则，它要求在侵权责任承担者的财产不足以同时向受害者支付损害赔偿费用和向执法机关缴纳罚款、罚金的情况下，应当先向受害人进行民事赔偿。同时，修改后的《产品质量法》扩大了缺陷产品给他人造成人身损害的赔偿范围，规定因产品存在缺陷造成受害人财产损失的，应当恢复原状或折价赔偿，受害人因此遭受的其它重大损失，侵害人应当赔偿损失。因产品缺陷造成人身伤害的，侵害人应当赔偿医疗费、因治疗需要支付的交通费、住宿费、陪护费、必要的营养费、伙食补助费、因误工减少的收入、残废者生活补助等费用；造成受害人死亡的，并应当支付丧葬费、抚恤费、死者生前抚养的人必要的生活费等费用。由此造成死亡人亲属的精神痛苦和心灵创伤的，产品经营者还需承担精神损害赔偿责任。

在产品侵权责任的承担上，产品购买、使用者或其他受害人因产品缺陷造成人身、财产损失的，既可以向销售者请求赔偿，也可以向生产者要求赔偿，还可以同时要求两者共同承担赔偿责任。属于生产者的责任，销售者赔偿后，有权向生产者追偿；属于销售者的责任，生产者赔偿后，有权向销售者追偿。其法律意义在于，生产者和销售者承担的是产品责任，属于侵权责任的范畴，产品侵权责任的承担者与受害者之间不一定要有合同关系，只要存在事实上的因果关系并造成了人身、财产上的损失，生产者或销售者就要承担这种侵权责任。所以，与产品缺陷受害者有合同关系的销售者既负有违约责任，又负有侵权责任，是责任的竞合；在非生产厂家直销产品的情况下，与产品缺陷受害者无合同关系的生产者负有侵权责任。所以，销售者和生产者都要对产品缺陷受害者的损失承担赔偿责任。如果因产品缺陷致人损害确不属于销售者的原因，在销售者赔偿之后，法律赋予销售者

的追偿的权利，其可以要求对此事有过错的生产者或其他销售者承担他们应负的责任，补偿其损失。

对于产品侵权责任的承担，法律还规定有三种例外情况，即如果产品生产者能够证明其中之一的，不承担赔偿责任，这些情形包括：（1）未将产品投入流通的；（2）产品投入流通时，引起损害的缺陷尚不存在的；（3）将产品投入流通时的科学技术水平尚不能发现缺陷的存在的。

对于产品侵权责任的承担方式主要有赔偿损失和修理、重作、更换等。

五、侵犯知识产责任

知识产权是基于创造性的智力成果和专有的经济活动之特有标记而由智力成果的创造人或者特有标记的所有人依法取得并享有的权利。知识产权作为所有权的客体，是一种精神产品又因是人们的智力劳动的成果而成为一种既与人身相联系，又有经济上的权益，并与财产所有权、债权、人身权并列的四大民商法律权利之一。笔者认为，侵犯知识产权的责任体系中也同样含有丰富的商事责任的内涵。商事责任中所讲的侵犯知识产权的责任主要包括侵犯专利权和商标权等工业知识产权的责任。

（一）侵犯专利权责任

专利是经国家专利主管机关依照专利法规定的程序审查确认符合法定条件并记载于文献的特殊的发明创造。根据《专利法》和有关法律的规定，认定侵权行为人应当承担的商事法律责任，其责任承担方式主要有：

1.停止侵权

（1）诉前停止侵权。专利权人或者利害关系人有证据证明他人正在实施或者即将实施侵犯其专利权的行为，如不及时制止将会给其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在起诉前向有专利侵权案件管辖的法院提出责令侵权人停止侵犯专利权行为的申请书。申请书应当载明当事人及其基本情况、申请的具体内容、范围和理由等事项。申请的理由包括有关行为如不及时制止会使申请人合法权益受到难以弥补的损害的具体说明。申请人的申请经审查符合规定，且同时提供保证、抵押等形式的担保合理、有效的，法院应当准予并在48小时内作出诉前停止侵犯专利权行为的书面裁定。裁定事项应限于专利权人或者利害关系人申请的范围。停止侵犯专利权行为裁定所采取的措施，不因被申请人提出反担保而解除。专利权人或者利害关系人向法院提起专利侵权诉讼的同时提出先行停止侵犯专利权行为请求的，法院可以先行作出裁定。

（2）判决停止侵权。专利侵权行为应当根据法院确认其侵权并判令其停止侵权的生效判决，立即停止正在实施的专利侵权行为。判决停止侵权与诉前停止侵权不同，已不存在担保、复议、届满续期等问题，乃是永久定性的结论。因此，为了有效地阻止专利侵权行为的继续进行，法院可以根据专利权人的请求，没收、销毁侵权产品或者责令侵权行为人将侵权产品交由专利权人或者利害关系人处理。

2.损害赔偿

法院依法认定并追究侵权人的赔偿责任时，可以根据权利人的请求，按照权利人因被侵权所受到的损失或者侵权人因侵权所获得的利益确定赔偿数额。并可以处以侵权人承担五万元以下的民事罚款责任。权利人因被侵权所受到的损失可以根据专利权人的专利产品因侵权所造成销售量减少的总数乘以每件专利产品的合理利润所得之积计算。权利人销售量减少的数量难以确定的，则以侵权产品在市场上销售的总数乘以每件专利产品的合理利润所得之积视为权利人因被侵权

所受到的损失。被侵权人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，有专利许可使用费可以参照的，法院可以根据专利权的类别、侵权人侵权的性质和情节、专利许可使用费的数额、该专利许可的性质、范围、时间等因素参照该专利许可使用费的1至3倍合理确定赔偿数额；没有专利许可使用费可以参照或者专利许可使用费明显不合理的，法院可以根据专利权的类别、专利新颖性的价值和公知技术的关联性、侵权持续的时间、因侵权所受到的商誉损失、侵权人侵权的性质和情节等因素酌情判处，一般在人民币5000元以上30万元以下确定赔偿数额，最多不得超过50万元。同时，也应当将权利人因调查、制止侵权所支付的合理费用计算在赔偿数额范围之内。

3.许可违约责任

专利许可合同一经签订，专利许可方和被许可方便根据合同的规定，享有一定的权利并承担一定的义务。专利许可方的主要义务一是允许被许可方在合同约定的范围内实施专利；二是向被许可方交付实施专利的有关的技术资料，提供必要的技术指导。许可方若违反合同约定的义务，则应当承担以下责任：（1）未按照合同约定提供专利技术的，除返还部分或全部使用费外，还应当支付违约金或赔偿损失；（2）实施专利超越合同约定范围的，或者违反合同约定擅自许可第三人实施该项专利的，应当停止其违约行为，支付违约金或者赔偿损失；（3）违反合同约定的保密义务的，应当支付违约金或者赔偿损失。被许可方按照合同约定实施专利技术而对他人造成侵害的，应当由许可方对此承担责任。因此给被许可方造成损害的，许可方还应当承担相应的赔偿损失责任。

被许可方的主要义务，一是在合同约定的范围内实施专利，并不得擅自许可合同约定之外的第三人实施专利；二是按照合同约定支付专利许可证使用费。如果被许可方违反合同约定的义务，则应当承担以下责任：（1）未按合同约定支付使用费的，应当补交使用费，并按

照合同的约定支付违约金；不补交使用费或者违约金的，必须停止实施专利，交还技术资料，支付违约金或者赔偿损失；（2）实施专利超越合同约定范围的，或者擅自许可第三人实施该项专利的，应当立即停止这种违约行为，支付违约金或者赔偿损失；（3）违反合同约定的保密义务的，应当支付违约金或者赔偿损失。

除了上述三种责任承担方式以外，消除影响也是侵犯专利权应当承担的责任形式。侵权假冒或者仿制并销售专利产品等侵权行为，必然给专利产品在市场上及社会公众心目中造成不良影响，也必然损害专利产品的声誉及专利权人的信誉。因此，侵权人在承担其它责任的同时，还应当通过权利人认可的必要的形式和途径向社会公众声明自己行为的非法性，从而达到消除对专利产品及专利权人或者利害关系人所造成的不良影响之目的。消除影响是停止侵权的社会公示责任，也是停止侵权的责任延伸。

（二）侵犯商标权责任

商标是商品生产经营者在其生产、制造、加工、经销的商品上，或者为他人提供的服务活动中所设计并公示于众的使其商品或服务与他人的同类商品或服务区别开来的特殊标识。

中国《商标法》所禁止的商标侵权行为主要有以下几种形式：（1）未经商标注册人的许可，在同一种商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标的；（2）销售侵犯注册商标专用权的商品或者经销明知或应知是侵犯他人注册商标专用权的商品；（3）伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识的；（4）将与他人注册商标相同或者近似的文字、图形作为企业字号或者商标名称、商品装潢使用，或者在相同或者类似商品上突出使用，并足以造成易使相关公众产生误认之后果；（5）未经商标注册人同意，更换其注册商标并将该更换商标的商品又技人市场的；（6）复制、摹仿、翻译他人注册的驰名商标或其主要部分在不相同或者不

相类似商品上作为商标使用，误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害；（7）将与他人注册商标相同或者相近的文字注册为域名，并且通过该域名进行相关商品交易的电子商务，容易使相关公众产生误认；（8）故意为侵犯他人注册商标专用权行为提供仓储、运输、邮寄、隐匿等便利条件。

一般来说，认定侵犯商标权行为的过程有以下三个基本步骤：（1）确定注册商标专用权的权利范围；（2）确定被控侵权的具体对象，明确证明被控侵权的商标和被控侵权的商标所使用的商品；（3）认定是否有侵犯注册商标权行为，亦即侵犯商标权行为人是否实施并附合上述八类情形之行为。

根据中国《商标法》第13条第1款的规定，复制、摹仿、翻译他人未在中国注册的驰名商标或其主要部分，在相同或者类似商品上作为商标使用，容易导致混淆的，应当承担停止侵害的法律责任。对侵犯注册商标专用权的行为适用罚款的，罚款数额为非法经营额三倍以下；非法经营额元法计算的，罚款数额在10万元以下。

侵犯商标专用权的赔偿数额，为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利益，或者被侵权人在被侵权期间因侵权所受到的损失，包括被侵权人为制止侵权行为而由权利人或者委托代理人对侵权行为进行调查、取证所支付的合理开支及符合国家有关部门规定的律师费用。因侵权所获得的利益，可以根据侵权商品销售量与该商品单位利润乘积计算；该商品单位利润无法查明的，按照注册商标商品的单位利润计算。因被侵权所受到的损失，可以根据权利人因侵权所造成商品销售减少量或者侵权商品销售量与该注册商标商品单位利润乘积计算。在确定商标侵权人的赔偿责任时，可以根据权利人选择的计算方法计算赔偿数额。如果侵权人因侵权所得利益或者被侵权人因被侵权所受损失难以确定的，由法院根据当事人的请求、侵权行为的情节并依职权判决给予50万元以下的赔偿。总之，法院在确定赔偿数额时，应当考

虑侵权行为的性质、期间、后果，商标的声誉，商标使用许可费的数额，商标使用许可的种类、时间、范围及制止侵权行为的合理开支等因素综合确定。而若行为人只是销售不知道是侵犯注册商标专用权的商品，并能证明该商品是自己合法取得的且能说明提供者的，不承担赔偿责任。[注]

六、不正当竞争责任

（一）不正当竞争责任概说

商法意义上的竞争，是指两个及两个以上从事商品经营或者营利服务的自然、法人或其他组织之经营者，依据市场法则和商业惯例，以较他人更具吸引力的价格、数量、质量、服务或其它条件争取交易营利机会的行为。

不正当竞争，是指经营者违反公平竞争的法律规定，以假冒、虚伪表示、商业诽谤，侵犯商业秘密均不正当手段损害其他经营者的合法权益，扰乱社会经济秩序的不公正交易行为。不正当竞争行为无论是损害现有的竞争者，还是损害潜在的竞争者，都属于损害竞争机制。《保护工业产权巴黎公约》1967年布鲁塞尔修订版中规定：“任何违反工商业中良好和诚实习惯的竞争行为都有是不正当竞争行为”。我国相关法律也表明，不正当竞争行为违反了自愿、平等、公平、诚实信用原则以及公认的商业道德，对公平竞争的市场秩序和正常运作构成妨碍或破坏，因而是被法律认为应予制裁的行为。

中国的《反不正当竞争法》是一部集反不正当竞争行为和部分垄断行为于一身的混合性竞争法。[注]从该法第二章规定的11种不正当竞争行为看，有6种属于纯粹意义上的不正当竞争行为，即仿冒行为、商业贿赂行为、虚假宣传行为、侵犯商业秘密行为、不正当有奖销售行为和商业诋毁行为；有5种属于限制竞争行为，即公用企业或者其他依

法具有独占地们的经营者限制竞争行为、政府及其所属部分限制竞争行为、低于成本价销售行为，搭售和附加其它不合理条件以及串通招标投标行为。注

在法律责任的定性上，不正当竞争行为首先是一种侵权行为。不正当竞争行为所侵害的权利既包括财产权（如商标权、商业秘密权），也包括人身权（如企业名称权）。因此，在不正当竞争的法律责任，具有极其鲜明的商事责任的性质。在商事责任的承担上，首先要考虑的是对某一特定经营者的利益造成损害的赔偿计算，其计算的标准一是按被侵害的经营者的实际损失计算赔偿，该损失范围应当包括被侵害的经营者因调查行为人侵害其合法权益的不正当竞争行为所支付的合理费用。二是当受侵害的经营者损失难以计算时，赔偿数额为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利润，以及被侵害的经营者因调查行为人侵害其合法权益的不正当竞争行为所支付的合理费用。凡是给其他经营者造成损害的不正当竞争行为人，都应当承担民事损害，其责任方式的核心为损害赔偿，并可根据每一不正当竞争个案的实际情况并处。停止侵害、消除影响、恢复名誉、赔偿道歉，等。

（二）商品假冒责任

所谓商品假冒责任是指行为人不正当地利用他人的商业信誉或商品信誉，进行假冒、模仿，致使其商品与他人的商品发生混淆的行为。其一般可分为两大类：

1.直接的虚假表示，指行为人对其产品或服务的来源或者营业之归属关系进行直接的虚假表示，如直接使用他人的商标来销售自己的产品。

2.间接虚假表示，指行为人在自己的商品或服务上使用与他人的商品或服务相类似的商标、商业包装、厂商名称或其它商业表征。注

商品假冒行为的责任追究，应不以行为人是否具备故意之现状为要件，而应关注其是否未经权利人的许可，在同一种商品或者类似商品上进行商品表征或者营业或服务表征假冒的行为表现，是否导致了其假冒商品和服务与他人商品或服务相混淆的客观事实。

商品假冒行为侵害的客体为其他经营者的合法权益，行为后果即是对其他经营者名誉的损害并可直接影响特定经营者的产品利润和经营效益，因而行为人的法律责任就表现为：停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失，可由法院并处予以训诫，责令具结悔过、没收非法所得、罚款等。

（三）商业诽谤责任

商业信誉是社会对待定经营者在经营能力、经营作风、公众信用、资产规模以及商品的质量、性能、服务等总体的积极评价，是商事人格权的商誉权和荣誉权，也是经营者赖以生存和发展的保证。良好的商业信誉是经营者通过长期的诚实经营逐步建立起来的，它体现了经营者在社会经济生活中的影响以及经营者的商品和服务对消费者的吸引力，是经营者的一项重要的无形财产及经营者参与市场竞争的有力武器。[注]所以，任何在市场竞争中以捏造、散布虚假事实等不正当手段来贬低损害竞争对手的商业信誉、商品信誉，意图削弱竞争对手市场竞争能力的行为，都是一种被广泛禁止的典型的不正当竞争行为。[注]

商业诽谤行为的构成要件是：（1）行为的主体是市场经营活动中的经营者，其他经营者如果受人指使从事商业诽谤行为的，可构成共同侵权人；（2）经营者实施了诽谤行为；（3）诽谤行为是针对一个或多个特定竞争对手的；（4）经营者是故意捏造虚伪事实对其他竞争者进行诽谤，其目的是败坏对方的商誉。

商业诽谤行为人的商事法律责任就表现为：停止侵害、消除影响、恢复名誉、赔礼道歉、赔偿损失，并可由法院并处责令具结悔过。

（四）侵犯商业秘密责任

商业秘密，是指不为公众所知悉的，能为权利人带来经济利益，具有商业实用性并经权利人采取保密措施的未公开的信息。诸如与生产经营销售活动有关的经营方法、管理方法、产销策略、营销计划、货源情报、客户名单、连锁加盟管理措施、标底及标书内容等经营秘密，以及未公开的技术信息、技术决窍、生产方案、工艺流程、设计图纸、化学配方、技术情报等技术秘密。商业秘密均具有非周知性，实用性、价值性、信息性和保密性。

侵犯商业秘密行为，是指负有约定的保密义务的合同当事人，熟知本单位商业秘密的工作人员或其他自然人、法人或者组织，未经合法控制商业秘密的权利人的许可，以非法手段获取商业秘密并加以公开或使用的行为。具体表现形式为：（1）以盗窃、利诱、胁迫或其它不正当手段获取权利人的商业秘密；（2）披露、使用或允许他人使用以不正当手段获取的商业秘密；（3）违反约定或违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或允许他人使用其所掌握的商业秘密；（4）第三人明知或应知前述违法行为的情况下，仍然从侵权人那里获取、使用或披露他人的商业秘密。以上四种行为均以故意或过失为其主观要件。

中国《反不正当竞争法》确认商业秘密的财产属性，并规定侵权人负有赔偿责任。因此，其权利是一种无形财产权。就无形财产权的各项功能来说，商业秘密的权利人依法享有以下几项具体的权能：

1.占有、使用、收益和处分的权利，即有权对商业秘密进行控制与管理，防止他人采取不正当手段获取与使用；

2.有权依法使用自己的商业秘密，而不受他人干涉；

3.有权通过自己使用或者许可他人使用以至转让所有权，从而取得相应的经济利益；

4.有权处分自己的商业秘密，包括放弃、占有、无偿公开、赠与或转让等。(注)

侵权行为人应依法承担的法律责任就表现为：停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失，可由法院并处予以训诫、责令具结悔过、没收非法所得及罚款、拘留。

（五）不正当价格责任

不正当价格责任主要表现为低价倾销，经营者以低于商品成本价或其它不正当手段的价格竞争行为，采取不合理的商品销售策略，因而又被叫作掠夺定价手段，来打压、排挤、拖垮同业竞争者，占有市场，达到目的后再凭借市场优势地位，推行价格垄断，进一步牟取高额的垄断利润。

中国的《价格法》也对一系列不正当价格行为作了禁止性规定：（1）相互串通，操纵市场价格，损害其他经营者或者商品购买、使用者的合法权益；（2）在依法降价处理鲜活商品、季节性商品、积压商品等商品外，为了排挤竞争对手或者独占市场，以低于成本的价格倾销，扰乱正常的生产经营秩序，损害国家利益或者其他经营者的合法权益；（3）捏造、散布涨价信息，哄抬价格，推动商品价格过高上涨的；（4）利用虚假的或者使人误解的价格手段，诱骗商品购买、使用者或者其他经营者与其进行交易；（5）提供相同商品或者服务，对具有同等交易条件的其他经营者实行价格歧视；（6）采取抬高等级或者压低等级等手段收购、销售商品或者提供服务，变相提高或者压低价

格；（7）违反法律、法规的规定牟取暴利，以及法律、行政法规禁止的其它不正当价格行为。

中国《反垄断法》第十三条也规定禁止具有竞争关系的经营者达成固定或者变更商品价格的垄断协议。第十四条规定经营者与交易相对人达成固定向第三人转售商品的价格和限定向第三人转售商品的最低价格。以防止不正当价格的出现。

不正当价格行为实施者的法律责任表现为：停止侵害、排除妨碍、赔礼道歉、赔偿损失，并可由法院并处责令具结悔过、没以非法所得、罚款。

（六）虚假宣传责任

虚假宣传不正当竞争行为是指经营者、广告的经营者和发布者利用广告媒体、商品本身或其它方法，如雇佣或者伙同他人进行欺骗性的销售诱导，现场虚假的演示和说明，张贴、散发、邮寄虚假的产品说明书和其它宣传材料，在经营场所对商品作虚假的文字标注、说明或解释，通过大众传播媒介作宣传报道，对自己的商品的价格、质量、性能、成份、用途、产地、生产者、有效期限、市场信息等，以及服务进行引人误解的表示与宣传，误导购买、使用者作出倾向于行为人的市场选择，从而使行为人获得较多的商业机会的行为。虚假宣传行为的主要手段利用报刊杂志、广播电视、广告牌、宣传栏、网络传播等各种广告媒介，以及产品推介会、商品展销会、商品信息发布会、产品说明书等宣传介绍形式，其对所涉商品的质量、制作成份、性能功效、有效期限、生产等内容，一是作出与实际情况不符的虚假宣传，二是作出引致公众对商品错误联想的误认宣传。虚假宣传行为不是针对某一特定竞争者，而是指向同行业的所有竞争者，它所损害的是这些竞争者的整体利益。注

虚假宣传行为的主体是经营者、广告主、广告代理制作者和广告发布者，行为主体实施了通过广告或以其它方式进行虚假宣传活动或者商品虚假标示行为，且其行为达到了足以引人误解的程度，因而具有社会危害性。广告经营者只有在对上述危害行为明知或者应知的情况下，方对虚假广告负法律责任；而对广告主，则不论其主观上处于何种状态，均须对虚假广告承担法律责任。侵权行为人的法律责任表现为：对于不符合关于性能、用途、质量、价格等广告内容的商品负责修理、更换、退货；对于不实服务负责退还服务费用；对于所销售的商品或提供的服务，不符合其在广告宣传中所作出的各项表示而给购买、使用者造成损失的，应赔偿损失。此外，可并处停止侵害、公开赔礼道歉，或者可由法院予以训诫、责令具结悔过、没收非法所得、罚款。

（七）强制附条件交易责任

强制附条件交易是指在经营者销售商品时，违反《反不正当竞争法》第12条的规定，违背商品购买者或接受服务者的意愿强行或变相强行搭售商品或者附加其它不合理条件的行为。这种情形往往是因为经营者能够利用其在经济和技术等方面的优势地位，在销售商品时，通过限定销售价格、限定交易对象或渠道、限定交易的地域范围等，并硬性搭配滞销、杂牌、劣质商品，强迫交易相对人购买其不需要、不愿意购买的商品，妨碍了社会公众的商品选购自由和市场行为选择权。

强制附条件交易行为的主要特征是：（1）经营者搭售商品或者附加交易条件是违背商品购买者或接受服务者意愿行为，带有直接强制、间接强制或变相强行的情况；（2）经营者向购买者搭售的商品和所对商品或服务附加的条件是不合理的，违反了自愿、平等、公平、诚实信用的原则，并对商品购买者和接受服务者造成不应有的经济损害和权益限制；（3）经营者对商品购买者强制附条件交易，利用的是

其经济、技术和市场份额占有等方面的优势地位，这种优势地位来源于该经营者有特殊的经营规模、经济实力和市场影响力以及购买者对该商品特征及其技术有不可或缺的特殊需求。

强制附条件交易要求购买者在购买某种商品时必须同时附加购买另一种商品，或者必须购买一定数量的商品，或者购买该经营者经销的商品、接受该经营者的服务必须另外花钱办理购物卡，必须成为其会员等附加一系列不合理的条件，限制商品购买者或接受服务者的自由购物权和市场选择权，也使得竞争对手相对减少交易机会。经营者通过强制附条件交易来影响与其竞争对于之间的竞争，妨碍竞争对手的销售经营，进而造成他人损失，最终便是直接侵害商品购买者和接受服务者的权益，造成社会公众的利益损失。

因而对其主要的制裁手段是追究经营者的商事法律责任。具体包括：令经营者停止侵害行为、公开赔礼道歉、赔偿损失，可由法院并处予以训诫，罚款。同时，如果误导社会公众市场选择的不正当竞争行为，给实际的商品制造商或服务商造成商业上的损害、财产上的损失，则该经营行为人对受害者负有损害赔偿责任。(注)

（八）不正当有奖销售责任

有奖销售是由经营者在销售商品或者提供服务时，附带性地向商品购买、使用者提供物品、金钱或其它经济上的利益的一种营销行为。包括：普惠制奖励所有达到一定额度之商品购买者和接受服务者的附赠式有奖销售；以抽签、摇号、对号等带有偶然性的方法分不同等级奖励部分商品购买者和接受服务者的抽奖式有奖销售。不论哪一种有奖销售方式都会对社会公众有着很大的吸引力，既可以刺激消费，活跃市场，也可能破坏市场经济中的公平交易、机会均等、地位平等的原则。

但是，为了避免在商品经济活动中，经营者误用、滥用有奖销售，破坏公平自由竞争，有损公众利益，同时使企业陷入恶性竞争，不断地增加成本，提高销售价格，扭曲商品质量、价格和服务，或者避免使有些企业因资金不足无力设奖而导致客户流失，从而造成不正当竞争，中国《反不正当竞争法》第13条规定经营者不得从事三种不正当有奖销售行为：

1.欺骗性的有奖销售行为即采用谎称有奖或者故意让内定人员中奖的欺骗方式进行有奖销售。

欺骗性的有奖销售大多存在于拍奖式有奖销售中，经营者采取虚构有奖销售事实或隐瞒有关事实真相的办法，既欺骗了社会公众，也对全体同业竞争者造成了不公平竞争，其具体表现形式有：

（1）谎称有奖销售或对所设奖的种类、中奖几率、最高奖金额、总金额、奖品种类、数量、质量、提供方法等作虚假不实的表示。

（2）采取不正当的手段故意让内定人员中奖。这里的“内定人员”既可能是经营者内部工作人员，也可能是有某种利益关系的特定的个人或组织群体等。

（3）故意将设有中奖标志的商品、奖券不技放市场或者不与商品、奖券同时投放市场；故意将带有不同奖金金额或者奖品标志的商品、奖券按不同时间投放市场。

（4）未向社会公众明示、告知有关事项：如兑奖时间、方式等重大事项。

（5）由省级以上工商行政管理机关认定的其它欺骗性有奖销售行为。

2.利用有奖销售的手段推销质次价高的商品，商品品质与价格不符，实质为变相涨价。

法律禁止经营者在民商经济活动中从事不正当有奖销售，其目的是禁止经营者利用社会公众的投机心理，以奖品或奖金为诱惑，来影响和诱导人们的市场选择倾向，诱使民众购买滞销或者自己并不需要的商品或服务，以禁止性规范来创造鼓励、促进经营者开展质量、价格、服务方面的公平竞争，维护市场竞争秩序的条件。但在现实社会一些经营者的促销活动中，以轿车的使用权、聘为消费顾问并给予高薪等方式作为奖励推销商品，或者利用社会福利彩票、体育彩票设置的高额奖励来销售商品，这些行为的名目和表现形式尽管复杂多样，但都极易诱发社会公众的投机心理，影响和干扰人们正常选择商品，妨碍质量、价格和服务等方面的公平竞争，不利于市场竞争机制的建立。

3.巨奖销售行为，即抽奖式的有奖销售单笔最高奖的金额超过了5000元人民币。

在抽奖式有奖销售中，经营者为规避法律，较少支付现金，多以非现金的物品或其它经济利益作奖励，诸如提供免费旅游，或者提供贵重物品如珠宝、汽车、房屋使用权等。如此，按照同期市场同类商品或者服务的正常价格折算金额达到5000元人民币以上者，依法应被认定为巨奖销售之不正当竞争行为。

七、商业保险责任㊟

（一）商业保险责任概述

保险，是指因自然灾害、人身伤亡和其它意外事故遭到生命、键康或财产损失的自然人、法人和其他组织依据法律规定或合同约定得

到经济补偿的保障措施。在保险类别上，可分为人身保险、财产保险、责任保险、保证保险等，但在保险性质上，划分为社会保险和商业保险两大类。基于商业保险责任并非法定，并非自动产生的特点，要求商业保险法律关系各方当事人必须签订书面保险合同。保险合同依法属于要式合同，是投保人与保险人约定权利义务关系，明确保险范围与责任的协议。因此，投保人对作为保险对象的财产及其相关利益或者人的寿命和身体之保险标的，必须具有法律上承认的利益，否则，保险合同无效，保险人也不承担商业保险责任。保险合同成立后，投保人按照约定交付了保险费，保险人即对保险合同约定的保险期内发生的约定的事故或事件承担赔偿或给付保险金的责任，非经法律规定或合同约定，保险人不得解除保险合同。但若投保人违反诚实信用原则，故意隐瞒事实，不履行如实告知义务的，或者因过失未履行如实告知义务，足以影响保险人决定是否同意承保或者提高保险费率的，保险人则享有保险合同的解除权。

投保人就保险标的有关重要情况故意不履行如实告知义务的，保险人对于保险合同解除前发生的保险合同约定的保险责任范围内的事故，不承担赔偿或者给付保险金的责任，并不退还保险费。投保人因缺乏对专业知识的了解，可能导致对条款内容的误解等过失而未履行如实告知义务，以致保险合同的不当订立，且对保险事故的发生有严重影响的保险人对于保险合同解除前发生的保险合同约定的保险责任范围内的事故，不承担赔偿或者给付保险金的责任，但可以退还保险费。

一般构成保险责任的有以下几个主要方面：（1）由于不可预料或不可抗力的事故所致的损害；（2）由投保人或被保险人非故意的过失所致的损失；（3）被保险人的受雇人、所有物或动物所致的损失；（4）因履行道德义务所致的损害；（5）由保险合同特别约定的附加责任。

承担赔偿或者给付保险金的责任是保险人的核心义务。享有保险赔偿和保险金给付是投保人、被保险人或者受益人等保险金请求权人的最终目的。保险利益受损害的，只要不是出于被保险人及其代理人故意造成，且其损害发生的原因往往是客观的、外来的，保险人都要进行赔偿，赔偿责任范围一般限于保险利益。任何单位或者个人都不得干预保险人履行赔偿或者给付保险金的义务，也不得限制被保险人或者受益人取得保险金的权利。保险人没有按照法律规定或合同约定及时履行其赔偿或者保险金给付义务的，除应支付保险赔偿或者给付保险金外，还应当赔偿被保险人或受益人因保险人的迟延履行而受到的损失。在收到被保险人或者受益人赔偿或者给付保险金的请求后，通过对致损原因、保险理赔事由发生期间及损失后果等进行审核后，依法认定不属于保险责任范围的，应当向被保险人或者受益人发出拒绝赔偿或者拒绝给付保险金通知书。

保险人承保后发生保险理赔事由必须承担保险责任，这是法律的基本规定。但并不排除投保人、被保险人或受益人故意捏造虚假情况，歪曲、掩盖事实真相，或者夸大损失程度，或者故意人为地制造保险事故，意欲骗取保险金的保险欺诈行为的存在，由此而令保险人因陷于错误的认识，或者无法揭示骗保事实真相而为保险金的赔偿或给付。例如，某企业资不抵债无法继续经营而濒临破产，便将其已投保的车辆在设计被盗并向公安部门报案，办理索赔手续的同时，将“被盗”车辆非法改头换面销往异地。其在民商法律责任后果上，被保险人或者受益人在未发生保险事故的情况下，谎称发生了保险事故而进行保险欺诈，则保险人有权解除保险合同，并不退还保险费。投保人、被保险人或者受益人故意制造保险事故的，保险人不但有权在行使解约权的同时不退还保险费，更不承担赔偿或者给付保险金的责任。此外，保险事故及其它理赔事由发生后，投保人、被保险人或者受益人以伪造、变造的有关证明、资料或者其它证据，编造虚假的事故或事由原因或者夸大损失程度的，保险人对其虚报的部分不承担赔偿或者

给付保险金的责任。实施保险欺诈的行为人已收取保险人支付的保险金或其它费用的，应当退回或者赔偿。

（二）人身保险责任

人身保险是以人的寿命和身体为保险标的，当被保险人在保险期间发生保险合同约定的死亡、生存、健康或伤害的事件或者行为之保险事故时，由保险人向被保险人或受益人给付一定金额的保险。人身保险包括人寿保险或叫生命保险（死亡保险、生存保险、养老保险、终身保险等）、健康保险（医疗保险、疾病保险等）以及各种意外伤害保险。

基于人身而产生的保险利益是人身保险合同的效力要件。对于人身保险利益的确立中国《保险法》倾向于混合原则，在规定投保人对本人、配偶、子女、父母，以及与投保人有抚养、瞻养或者扶养关系的家庭其他成员、近亲属具有保险利益外，被保险人同意投保人为其订阅人身保险合同的，视为投保人对被保险人具有保险利益。但也限定，死亡保险合同必须经被保险人同意并认可保险金额，否则合同无效，同时禁止投保人为无民事行为能力人投保死亡险。以此规定的限制性条款和禁止性条款来避免可能会损害被保险人的利益，引发道德危险的问题发生。

投保人基于诚实信用原则，负有据实告知义务。比如在投保人申报的被保险人年龄不真实的情况下，如果被保险人的真实年龄不符合合同约定的年龄限制，或者超过保险年龄最高限度，或者没有达到保险年龄最低要求，并且保险合同成立不满二年，则保险有权解除合同，并在扣除手续费后向投保人退还保险费。若是因投保人申报的被保险人年龄不真实，致使投保人支付的保险费少于应付保险费的，保险人有权更正并要求投保人补交保险费，或者在给付保险金时按照实付保险费与应付保险费的比例支付。而致使投保人实付保险费多于应

付保险费的，保险人就应将多收的保险费退还投保人。法律规定应退保险费而不退的，保险人取得的该保险费即为不当得利。

投保人于人身保险合同成立后，其主要义务就是向保险人支付保险费，既可一次全部支付，也可依约分期支付。投保人支付保险费实质上是承担其分担损失的责任，也是以支付保险费换取保险人在承保范围内承担保险事故风险的对价，从而达到分散危险，消化损失的保险目的。在分期支付保险费的场合，每期支付金额、支付日期、支付地点、支付方式等均由投保人与保险人在保险合同中约定，投保人在合同成立时支付了首期保险费，但未按规定期限支付当期保险费的行为持续至合同约定期限满后超过60日，合同效力自动停止。合同效力中止后即使发生保险事故，保险人也不存在按照合同约定对被保险人或者受益人为给付的责任义务。或者也可以由保险人依照保险合同中约定的相应条件选择减少保险金额。但若自合同效力中止之日起2年内，经保险人与投保人协商并达成协议，在投保人补交保险费后，合同效力恢复，保险金额也应恢复原来约定的标准。即合同的效力恢复到双方原订立的保险合同的效力完满状态。因投保人保费未付的过错导致合同效力中止，且2年内双方未达成协议的，保险人有权解除合同。若投保人已交足2年以上保险费的，保险人则应按照合同约定退还保险单的现金价值，且不附加利息；投保人未交足2年保险费的，保险人应当在扣除手续后，退还保险费，且不附加利息。无论投保人以何种方式不交或者有多长时间不能按期交付保险费，保险人均不得以诉讼方式要求技保人履行交费义务。

投保人、受益人故意造成被保险人死亡、伤残或者疾病的，保险人不承担给付保险金的责任。投保人已交足2年以上保险费的，保险人应当按照合同约定向其他未实施故意伤害被保险人行为且未丧失受益权的受益人退还保险单的现金价值，且不附加利息。受益人故意造成被保险人死亡或者伤残的，或者故意杀害被保险人未遂的，丧失受益权，其涉及刑事责任另议。

在以死亡为给付保险金条件的人身保险有效期间，被保险人故意自杀，而非意外自杀、精神失常而自杀者，保险合同成立不足2年的，保险人不承担给付保险金的责任。但对投保人已支付的保险费，保险人应按照保险单退还投保人的现金价值，且不附加利息。以死亡为给付保险金条件的合同，自成立之日起满2年后，如果被保险人自杀的，保险人可以按照合同给付保险金。但是否给付保险金，由保险人决定。被保险人因故意犯罪或以犯罪为手段而导致其自身伤残或者死亡的，保险人不承担给付保险金的责任。若投保人为违法行为时已交足2年以上的保险费的，投保人应当按照保险单退还其现金价值，但退还时不附加利息。

（三）财产保险责任

财产保险，是指以财产或与财产有关的利益为保险对象，保险人承保各类保险对象所涉标的因遭受自然灾害或意外事故所造成经济损失而承担赔偿责任的一种保险。财产保险的特点是以补偿保险标的因各类灾害事故而遭受的损失为前提，主要是以补偿财产的实际损失为目的，故在发生保险事故时，赔偿金额不得超过所受的财产损失。财产保险根据保险标的的类别可分为：海上保险、航空保险、航空运输货物保险、陆上运输货物保险、工程保险、机动车辆保险、火灾保险、邮包保险、农业保险、营业中断保险、盗窃保险、机械设备保险、家庭财产保险、企业财产保险或其它综合性保险等。

财产保险标的一般都是具有经济价值的财产、物体，包括动产和不动产，是有形的、物质的。但当财物遭受毁损时，往往不仅限于物质本身的经济损失，还会连带引起各种利益的损失，进而还会引起责任和信用等无形利益的损失。法律规定，除非各方当事人另有约定，保险标的的转让必须事先通知保险人，经保险人同意并将保险单或保险凭证批改后方为有效，保险关系则继续保持，否则，保险合同从保险标的的所有权转移时即行终止。

财产保险责任一般是保险单上载明的财产及其有关利益因发生承保范围内的各类危险导致的财产损失，而对保险标的享有保险利益的被保险人进行经济补偿的风险责任。财产保险一般涉及承保的危险包括：雷电、暴风雨、龙卷风、台风、腿灾、冰雹、洪水、海啸、泥石流、地震、火山爆发、地面下沉、地下发火、火灾、爆炸、水管爆裂、飞机坠毁、飞机部件或飞行物体坠落、触礁、沉船、货损、水渍等等，不胜枚举的自然灾害和人为事故，这就要求被保险人负有一定的减灾防损义务，遵守国家有关消防、安全、生产操作、劳动保护等方面的规定，维护保险标的的安全，主动防止事故的发生。同时，保险人可以根据保险合同的约定，对保险标的的安全状况进行检查，及时向投保人、被保险人提出消除不安全因素和隐患的书面建议，并经被保险人同意，可以采取安全预防措施，防患于未然。如果被保险人不遵守国家安全规定，不听从保险人的安全建议，未按照约定履行其对保险标的安全应尽的责任，保险人有权要求增加保险费或者解除合同。

自保险人向投保人签发保单，投保人支付约定的保险费，保险合同成立之时起至保险合同终止或解除之前，当保险标的出现合同订立时双方当事人均未曾估计到的危险程度增加时，无论是因为投保人或被保险人变更保险标的的用途，变换使用方法、改变保护方法所致，还是保险标的由于人为之外的自然力因素引起的物理、化学变化所致，被保险人都负有按照合同约定的方式，或者以书信、电报、电传、电话等方式及时地如实通知保险人的义务。

在保险合同成立后与保险合同明确约定保险责任开始之前的中间间隔时段，投保人要求解除合同的，应当向保险人支付手续费，保险人应当退还保险费，而不得以任何理由拒绝，否则应承担相应的法律责任。保险责任开始后且保险事故尚未发生之前，解约权仍在投保人，但为维护保险人的利益，尤其是保险人对投保人的信赖利益，保险人可以收取自保险责任开始之日起至合同解除之日止期间的保险

费。合同解除之日到合同原定保险期间内的保险费，则应退还投保人。如果在合同正式依法解除之前保险事故发生，双方应依合同办理保险金索赔和理赔事宜，涉及不到保险费的退还，则再也涉及不到合同的解除。

保险事故发生后，投保人或被保险人在履行向保险人及时通知义务的同时，还有责任尽力采取必要的措施积极进行出险后的施救行为，对损后的财产进行保护、整理和修复，防止或者减少损失，而不能置之不理，消极依赖。如果没有及时采取措施致使损失扩大的，被保险人无权就扩大的损失要求赔偿。而若被保险人在保险事故发生后采取了积极有效的施救行为，其为防止或者减少保险标的的损失所支付的必要的、合理的费用，则由保险人承担。

（三）责任保险责任

责任保险是指以被保险人对第三者依法应负的损害赔偿责任为保险标的保险。在日常工作生活中，人们常会由于不慎、疏忽或者过失引发事故而造成对第三人的人身伤害和财产损失，依据通常的侵权行为法原理，致害人依法应承担损害赔偿责任。为了避免承担可能出现的赔偿责任或者无法承担赔偿责任而引起的后果，法律规定可以通过投保责任保险，而将可能发生的经济损失和赔偿责任风险转嫁给保险人，保险人对责任保险的被保险人给第三者造成的损害，依照法律规定或者合同的约定，直接向该第三者赔偿保险金。

责任保险应具备下列条件：（1）是被保险人非故意所引起的责任；（2）被保险人损害行为事实及其所导致的第三人损失后果客观存在；（3）受害的第三者必须向被保险人请求赔偿；（4）被保险人对第三者依法应负有赔偿的商事责任，而非刑事责任、行政责任。

责任保险根据保险人承担被保险人应负赔偿责任的范围可分为：第三者责任险、公众责任险、产品责任险、雇主责任险、职业责任

险、承运人责任险、旅客意外责任险、医疗事故责任险、民事损害赔偿保险，承包经营责任险等等。责任保险的承保方式有两种：一是作为各种损害赔偿保险的组成部分或附加责任的方式承保，保险人不签发专门的责任保险单，如汽车保险中的第三者责任、船舶保险的碰撞责任等；二是单独承担的责任保险，如公众责任保险、电梯责任险、个人责任险、产品责任险等。无论是哪一种类型、哪一种方式的责任保险，其保险责任范围可由保险人与投保人协商议定。如未作限制约定，一般包括以下几个方面：（1）由不可预料或不可抗力的灾害事故所致损害责任；（2）被保险人因过失或履行职务或者道德义务所致损害的责任；（3）被保险人的受雇人或其所有物（包括财产和动物）所致损害的责任。

1.产品责任保险责任

产品责任保险责任是指保险人承担的制造、销售或修理商对其制造、销售或修理的产品因产品本身的瑕疵或缺陷造成购买或使用者人身伤害或者财产损失时，保险人对责任产品造成的损害赔偿向受害的第三者承担法律后果。产品责任保险责任的范围包括因产品事故造成他人的人身伤亡和财产损失两大类，且人身伤亡和财产损失必须是意外的，对于不可避免、必然发生的或故意行为造成的损害，或者因本来能够合理预见因疏忽造成的损害不予赔偿。保险人应在保单规定的赔偿限额内予以赔偿，并对责任产品造成的人身伤害和财产损失引起的间接损失不予赔偿，但应补偿被保险人支付的合理的费用和必要的律师费用。

2.公众责任保险责任

公众责任保险责任是指保险人承保的被保险人及其雇佣人员在各种固定的场所进行生产、作业、营业或在其它活动中因非故意行为造成第三人人身伤害或财产损失时，保险人对应由被保险人所负的损害赔偿责任承担法律后果。公众责任险的保险人只负责赔偿被保险人根

据法律规定应支付的责任金额，对如道德责任等其它责任则不予负责。对于人身伤害应是第三者肉体上的伤害，包括死亡、疾病、伤残，而不应包括非肉体伤害的索赔，如诽谤、非法拘禁等，且人身伤害和财产损失都必须是意外造成的。

3.第三者责任保险责任

第三者责任保险责任是指保险人承保的被保险人或其雇佣人员因非故意行为造成第三者财产损失或人身伤亡时，保险人对应由被保险人所负的损害责任承担法律后果。

4.职业责任保险责任

职业责任保险责任，是指保险人承保的各类专业人士，如律师、医生、会计师、建筑师等在执业过程中和职务行为中因过失造成他人财产损失或人身伤亡时，保险人对应由被保险人所负的损害赔偿责任承担法律后果。律师执业责任保险即属此险种，保险人对承保的律师处理法律事务失职及其它的执业行为中的疏忽或过失而对当事人造成损失的，承担损害赔偿责任。承运人根据货运合同应向托运人提供适航的船舶以保证货物的安全运输，若承运人未提供适航船舶而使货物受损，承运人应向托运人赔偿货物的损失。在工程承包中，由于承包人的过失，在施工期间造成他人财产或人身伤害时，发包人应承担赔偿责任。

八、票据责任[注]

票据有广义和狭义两种。广义的票据是指商业上的凭证，如钞票、发票、仓票、提单及保单等。票据法意义上的票据，是指出票人依据法律规定签发的，约定由自己或指定他人在一定时间、一定地点，按票载文义无条件支付确定金额的特种有价证券，此为狭义上的

票据。根据各国法律规定不同，票据有不同的含义，如法国、德国、日本的票据只包括汇票、本票（日本统称为手形）两种，对支票（日本称为小切手形）则另有支票法加以规定。英美国家和中国的票据是指汇票、本票、支票。在现代商事经济活动中，票据具有汇兑工具、信用工具、支付工具、结算工具、货币替代工具和融资工具的功能。

票据上权利义务的成立，必须基于票据行为。票据当事人以发生票据债务为目的，并以票据上签名盖章作为权利义务成立之要件的要式法律行为，包括出票行为、背书行为、承兑行为、参加者承兑行为、保证行为、保付行为等，是票据上法律关系的唯一基础。票据行为首先属于民事行为，但又与一般的民事行为区别甚大，票据在民商经济活动中的高度流通性，决定了不可能只运用民事行为的一般制度去规范出票、背书、承兑、保证、保付、付款和追索等票据行为。同时，当事人实施一定的票据行为，一般都是为了追求一定的利益，无论是财产形式的利益或者是非财产形式的利益，都需要有具针对性的相应的法律保护措施来保障这一商事活动当事人的合法权益。法律在要求票据行为应具合法性，应当有利于增进社会经济发展，至少不与社会公共利益相抵触的同时，也依据票据行为的特殊性，具体在《票据法》及其配套的规范性文件中规定了票据活动的当事人到底可以享有哪些权利，如何行使此类权利，票据当事人的权利如果受到侵害或阻碍，应当采用何种救济方式令侵权责任人承担应有的法律责任。

（一）票据出票责任

票据出票，又叫票据发票或票据发行，是指出票人以委托付款人向受款人无条件支付一定金额为目的的一种票据行为。无论是汇票、本票还是支票，出票行为是出票人以创设票据权利为目的的单方法律行为，出票人只要依照法定方式制作票据并签章交付，该票据即发生法律效力。出票包括两个环节：第一个环节是在一定机关以统一用纸印制成固定格式的票单上记载法定内容、填写并签章，谓作成票据。

第二个环节是基于出票人本意而将票据给予受款人，谓交付票据。仅只作成票据而无交付票据，不能产生出票的效力。非出于出票人的意思而票据被窃或丢失，制票人可以因未交付而行使抗辩，不负票据责任。出票是背书、承兑、保证、参与承兑、付款等附属票据行为产生的前提与基础，只有通过票据出票行为，才由此产生票据权利和票据义务，并导致票据责任。

为了防止利用票据流通结算来套取银行贴现资金或者其他票据当事人的资金，法律对三种票据分别要求：

1.汇票的出票人必须以合法的商品交易和其它民商事活动为基础，要与付款人具有真实的委托付款关系，并且具有支付汇票金额的可靠资金来源，严禁签发无任何交易标的为载体的汇票，也不得签发无对价的汇票。出票人与付款人没有真实的委托付款关系而开具的汇票，付款人则没有承兑付款的义务，持票人权利的实现就会受到影响，出票人亦需承担清偿票据款项的义务。反之，若出票人与付款人之间存在委托付款约定或延缓的委托付款关系，而付款人不承兑付款，则付款人应承担相应的法律责任。

2.本票作为一种自付票据，其出票人具有付款人及付款义务人（即主债务人）的双重法律地位，法律为避免本票这一有价证券形式被滥用，规定本票出票人的资格由银行审定，并要求本票的出票人必须具有支付本票金额的可靠资金来源，且保证支付。否则，出票人也就根本不具备签发本票的信用能力。

3.支票作为现实交付的无条件支付的票据，对于支票出票人开立支票存款账户，必须使用其本名，并提交证明其身份的合法证件，只能在开立支票存款账户和领用支票，应当存入一定的资金，有可靠的资信，且支票的出票人所签发的支票金额不得超过其存款时在付款人处实有的存款金额。

若出现对票据未记载事项或者未完全记载事项作补充记载的情形，补充事项超出授权范围的，出票人对补充后的票据应当承担票据责任，由此给他人造成损失的，出票人还应当承担其它相应的法律责任。由于出票人制作票据或者其他票据债务人未按照法定条件在票据上签章，给他人造成损失的，除应当按照所记载事项承担票据责任外，还应当承担其它相应的法律责任。

出票人签发汇票或支票后即对汇票或支票承担担保责任和清偿责任。就担保责任而言，法律规定了出票人签发汇票或支票后，即对出票后的全部背书人和被背书人承担保证汇票或支票承兑和付款的责任。担保承兑责任是汇票或支票在到期日前如果付款人拒绝承兑时持票人可在作成拒绝承兑证书后，向出票人行使追索权，出票人应负清偿票据金额的义务。而担保付款责任是汇票或支票在到期不获付款时，出票人应负清偿票据金额的义务。

出票人在签发、保管、使用支票中往往违反有关法规，造成空白支票流入社会处于失控状态，是造成损失的主要原因，因而产生相应的法律责任。在以下五种情况下，出票人应自行承担责任：（1）签发印鉴齐全而主要项目欠缺的支票后，因携带外出或保管不善而遗失或被窃；（2）不填写签发日期或者签发远期支票；（3）故意签发与预留印鉴不符或者印鉴不全的支票；（4）丢弃或未妥善保管“废票”，而造成损害；（5）违反法律的规定，出借、抵押支票；（6）出票人在遗失空白支票的同时遗失本单位介绍信，或者持票购货人持其在出票单位工作的证件骗购商品后下落不明，仍应由出票人承担全部责任。

（二）背书责任

背书是指在汇票、本票或支票背面或者粘页上记载有关事项并签章的附属的票据行为。持票人无论是为了将票据权利转让给他人，还是将一定的票据权利授予他人行使，如设定质押、委托收款等，都必须在背书时明确记载被背书人的名称或姓名，并应在背书后交给被背

书人，才产生法律效力。背书人未记载被背书人名称即将票据交付他人的，持票人在票据被背书人栏内记载自己的名称之行为，与背书人记载具有同等法律效力。若票据在背书人背书之后，交给被背书人之前被盗或遗失并进入流通时，背书人仍应对善意取得人负背书责任。

若发生出票人签章不真实的，或者出票人为无民事行为能力人或限制民事行为能力人之情形，票据未经背书转让的，票据债务人不承担票据责任；已经背书转让的，票据无效不影响其它真实签章的效力。

鉴于票据背书转让具有权利转移的效力、担保付款的效力、权利证明的效力，因此，法律规定以背书转让的票据，后手应当对其直接前手背书的真实性负责，如此，在票据多次背书转让的情况下，每个环节中的后手都对其前手担负同样的责任，从而构成一个责任体系，保证票据权利取得的合法性与真实性。但若票据出票时即禁止转让或者背书人禁止转让，其后手再背书转让的，原背书人对后手的被背书人不承担保证责任。

票据的出票人在票据上记载“不得转让”字样，票据持有人背书转让的，背书行为无效。无效背书转让后的受让人不得享有票据权利，票据的出票人、承兑人对受让人不承担票据责任。而对背书记载“不得转让”的票据，其后手以此票据进行贴现、质押的，原背书人对后手的被背书人不承担票据责任。通过贴现、质押取得票据的持票人主张票据权利的，法院不予支付。背书人在票据上记载“不得转让”、“不得委托收款”、“不得质押”字样，其后手再背书转让、委托收款或者质押的，原背书人对后手的被背书人不承担票据责任，但不影响出票人、承兑人以及原背书人之前手的票据责任。

背书记载“委托收款”字样的，即为公开明示的委托取款背书，被背书人有权代背书人行使被委托的票据权利，但被背书人不得再以背书转让票据权利。持票人若以票据权利设定质权为目的所为的背书，

应以未到期的票据设定质押并以背书记载“质押”字样，设质背书或质权背书的被背书人即为质权人，有收取票据金额的权利。虽然质押票据所有权并未转移，但是票据债务人不得以对抗背书人的事由对抗作为被背书人的质权人，除非质权人有恶意或重大过失。

以汇票设定质押时，出质人在汇票上只记载了“质押”字样未在票据上签章的，或者出质人未在汇票、粘单上记载“质押”字样而另行签订质押合同、质押条款的，不构成票据质押。因此所产生的票据质押权人以质押再行背书质押或者背书转让引起纠纷而提起诉讼的，应当认定背书无效。贷款人恶意或者有重大过失从事票据质押贷款的，应当认为质押行为无效。

被拒绝承兑、被拒绝付款或者超过付款提示期限的，不得背书转让，即法律不允许期后背书。如果票据持有人进行了期后背书转让，则应当由背书人承担票据责任。违反规定区域出票，背书转让银行汇票，或者违反票据管理规定跨越票据交换区域出票，背书转让银行本票、支票的，不影响出票人、背书人依法应当承担的票据责任。背书人在无相反记载时，对其前手则不承担担保责任。背书人在票据得不到承兑或者付款时，应当向其后手（持票人）清偿法定的金额和费用，包括：

（1）被拒绝付款的票据金额；（2）票据金额自到期日或提示付款日起至清偿日止的银行利息；（3）取得有关证明书的费用。

这些是背书人的法定责任，而非来自背书人自主的意思表示，不得免除。但背书人清偿票据金额后，可向其他票据债务人再行追索下列金额和费用：

（1）已清偿的全部金额；（2）前项金额自清偿日起至再追索清偿日止的银行利息；（3）发出通知书的费用。

（三）票据承兑责任

承兑是指汇票的付款人在票据上表示接受支付委托，负担到期支付票据金额的债务之附属票据行为。承兑是付款人对付款的、承诺行为，它是汇票流通过程中所特有的一种制度，付款人承兑后，就负有到期向持票人付款的义务，而持票人则取得到期向承兑人请求付款的权利。

无论是定日付款、出票后定期付款的汇票，还是见票后定期付款的汇票，付款人对持票人在法定有效日前向其出示并要求其承诺付款的汇票，应当自收到提示承兑的汇票之日起3日内承兑或者拒绝承兑。拒绝承兑者，付款人应向持票人退回汇票并应持票人的要求作成拒绝承兑证书，以便持票人向其前手或出票人行使追索权，保证自身汇票权利的实现。承兑者，付款人应当在汇票正面记载“承兑”字样并签章写明付款日期。承兑是无条件的，承兑附加条件，均为拒绝承兑，不具有承兑所应有的法律效力。

承兑自付款人对汇票进行承兑并将汇票交还持票人之时开始发生效力，付款人自此由承兑前的非票据债务人而变成汇票的第一债务人，于汇票到期付款负有绝对的法定义务，且其付款责任也是最终的义务。当承兑人到期不付款时，汇票的最终受让人或所有追索权人、以及履行了偿还义务的背书人、出票人，都可以就票面金额、利息和其它支出事项等，直接要求承兑人承担责任。

（四）保证责任

票据保证是一种要式法律行为，票据保证人只须依据票据法规定方式在票据或粘单上记载规定事项，无须被保证人的经手同意即产生保证效力，其所保证的票据债务既包括承兑人的付款债务，也包括出票人、背书人等的偿还债务，且不因被保证债务的无效而失效。若保证人在票据本身或者粘单上未记载被保证人的名称，已承兑的汇票，

由承兑人为被保证人；未承兑的汇票或其它票据，由出票人为被保证人。保证人不得以所附条件作为履行担保义务的条件，无论所附条件是票据债务人的资信能力，还是持票人身份等，均不影响保证人依法承担对票据债务人的保证责任。除非被保证人的债务因欠缺《票据法》规定的票据上绝对应记载事项而无效，即使在被保证人的债务无效的情况下，保证人对因出票而取得、因背书而取得、因清偿而取得、善意取得及其它依法取得票据的持票人所享有的票据权利，仍承担保证责任。

（五）付款责任

虽然商法的债务清偿手段并不限于金钱的支付，但作为票据而言，其支付的只能是金钱。因此，汇票付款人对于持票人在法定时间内提示付款的，必须于当日足额付款。持票人未按照法定期限提示付款虽然会产生丧失追索权的后果，但并不能据此解除承兑人或者付款人作为票据主债务人的绝对付款责任。持票人在对未按期提示付款的情况、原因作出说明后，承兑人或付款人仍应当继续对持票人承担付款责任。

支票的出票人必须按照签发的支票金额保证付款人必为付款予持票人的责任，也就是付款人没有付款，则出票人应负偿还之责，即为第二位责任。持票人超过法定的提示付款期限，付款人可以自愿放弃期限利益仍予付款，不予付款，持票人因后者丧失对出票人以外的前手的追索权，但出票人仍应当对持票人承担票据责任。出票人在付款人处的存款足以支付支票金额时，付款人应当在当日足额付款。付款人依法支付支票金额的，对出票人不再承担受委托付款的责任，对持票人不再承担付款的责任。但是，付款人以恶意或者重大过失付款的，仍应对出票人或持票人承担责任。若付款人由于过失而给委托其付款的出票人带来损害，应负损害赔偿责任。

付款人及其代理人付款时，一是负有对票据的形式审查义务，审查票据背书的连续，二是对持亲人资格的形式审查，审查提示付款人的合法身份证明或者有效证件。若明知提示付款人不是正当持票人，不是真正的票据权利人，或者很容易审查出而故意不调查，或者同出票人、持票人串通实施票据欺诈行为而恶意付款，或者稍加留心即可发现背书不连续或身份证明的不合法、证件的无效记载事项不完全、印鉴不符等而疏于注意义务而付款，则由付款人及其代理付款人自行承担责任。

因此，付款人及其代理付款人有下列情形之一的，应自行承担责任：（1）未按照有关法律的规定对提示付款人的合法身份证明或有效证件以及票据背书的连续性履行审查义务而错误付款的；（2）公示催告期间对公示催告的票据付款的；（3）收到法院的止付通知后付款的；（4）其它以恶意或重大过失付款的。付款人或者代理人付款人未能识别出伪造、变造的票据或者身份证件而错误付款，属于“重大过失”，给持票人造成损失的，应当依法承担商事责任。付款人或者代理付款人承担责任后有权向伪造者、变造者依法追偿。持票人对此有过错的，也应根据过错情况承担相应的商事责任。

九、证券违法责任

证券违法的商事责任是指证券市场的参与者、管理者违反法律、法规，在从事证券的发行、交易、管理或者其它他相关活动中，实施扰乱证券市场秩序，侵害投资者合法权益行为而应承担的法律后果。

（一）内幕交易、操纵市场、欺诈客户的禁止行为的责任

中国2005年《证券法》第76条规定：“证券交易内幕信息的知情人和非法获取内幕信息的人，在内幕信息公开前，不得买卖该公司的证券，或者泄露该信息，或者建议他人买卖该证券……内幕交易行为给

投资者造成损失的，行为人应当依法承担赔偿责任。”第77条规定：“禁止任何人以下列手段操纵证券市场：（一）单独或者通过合谋，集中资金优势、持股优势或者利用信息优势联合或者连续买卖，操纵证券交易价格或者证券交易量；（二）与他人串通，以事先约定的时间、价格和方式相互进行证券交易，影响证券交易价格或者证券交易量；（三）在自己实际控制的账户之间进行证券交易，影响证券交易价格或者证券交易量；（四）以其他手段操纵证券市场。操纵证券市场行为给投资者造成损失的，行为人应当依法承担赔偿责任。”第79条规定：“禁止证券公司及其从业人员从事下列损害客户利益的欺诈行为……欺诈客户行为给客户造成损失的，行为人应当依法承担赔偿责任。”同时该法第210条规定：“证券公司违背客户的委托买卖证券、办理交易事项，或者违背客户真实意思表示，办理交易以外的其他事项的，责令改正，处以一万元以上十万元以下的罚款。给客户造成损失的，依法承担赔偿责任。”

（二）明确规定保荐人、发行人、上市公司的控股股东、实际控制人的责任

中国2005年《证券法》第69条规定：“发行人、上市公司公告的招股说明书、公司债券募集办法、财务会计报告、上市报告文件、年度报告、中期报告、临时报告以及其他信息披露资料，有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏，致使投资者在证券交易中遭受损失的，发行人、上市公司应当承担赔偿责任；发行人、上市公司的董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员以及保荐人、承销的证券公司，应当与发行人、上市公司承担连带赔偿责任，但是能够证明自己没有过错的除外；发行人、上市公司的控股股东、实际控制人有过错的，应当与发行人、上市公司承担连带赔偿责任。”同时该法第26条规定：“国务院证券监督管理机构或者国务院授权的部门对已作出的核准证券发行的决定，发现不符合法定条件或者法定程序尚未发行证券的，应当予以撤销，停止发行。已经发行尚未上市的，撤销发行核准

决定，发行人应当按照发行价并加算银行同期存款利息返还证券持有人；保荐人应当与发行人承担连带责任，但是能够证明自己没有过错的除外；发行人的控股股东、实际控制人有过错的，应当与发行人承担连带责任。”

（三）收购人或收购人的控股股东在上市收购中的责任

2005年《证券法》第214条规定：“收购人或者收购人的控股股东，利用上市公司收购、损害被收购公司及其股东的合法权益的，责令改正，给予警告；情节严重的，并处以十万元以上六十万元以下的罚款。给被收购公司及其股东造成损失的，依法承担赔偿责任。”该法对收购人或收购人的控股股东在上市收购中的责任的规定，更加有利于保护投资者的利益。

（四）投资咨询机构及其从业人员的责任

2005年《证券法》第171条规定：“投资咨询机构及其从业人员从事证券服务业务不得有下列行为……有前款所列行为之一，给投资者造成损失的，依法承担赔偿责任。”因此，根据2005年《证券法》的规定，投资咨询机构及其从业人员从事证券服务业务，利用传播媒介或者通过其他方式提供、传播虚假信息或者误导投资者的信息等行为，给投资者造成损失的，应承担民事赔偿责任。

（五）证券公司承销或代理未经核准擅自公开发行证券的责任

2005年新《证券法》第190条规定：“证券公司承销或者代理买卖未经核准擅自公开发行证券的，责令停止承销或者代理买卖，没收违法所得，并处以违法所得一倍以上五倍以下的罚款；没有违法所得或者违法所得不足三十万元的，处以三十万元以上六十万元以下的罚款。给投资者造成损失的，应当与发行人承担连带赔偿责任……”。

在证券市场中，证券民事责任主要是指证券发行和交易中的当事人为了获得非法利益或减少自身损失，违反证券法规定的法定义务，侵害他人财产权益的行为。证券侵权侵害的是当事人的财产权，而不包括人身权和其他权利。因此，证券民商事责任的形式主要有赔偿损失、恢复原状、停止侵害、返还财产、支付违约金这几种，而最重要的责任形式是赔偿损失。这是因为：证券违法行为对受害者所造成的损害主要是金钱上的损失，即投资者因行为人的违法行为导致其购买、出售或持有的证券在价格上发生波动，从而引起财产上的减少；赔偿损失最有利于保护技资者的利益。赔偿损失是要求民事违法行为人向受害的投资者支付一定数额的金钱，其目的在于弥补受害人因违法行为导致的损失，使其处于未遭受损失之前的状态。虽然违法行为人有可能承担行政责任或刑事责任，但对于遭受损害的投资者来说，对其保护最直接、最充分的方式是赔偿损失。

十、违反商事组织法责任

（一）商事组织法责任概说

商事组织是由公司法和有关条例所调整的以营利为目的而参与市场经济活动的法人实体。与合伙企业和个人独资企业等其它商事主体不同，商事组织的核心主体为公司。公司是依法成立的，以营利为目的但兼顾社会利益的，股东以其出资额为限对公司负责，公司以其全部财产对外承担责任的具备法人资格的商事组织。根据中国《民法通则》第37条的规定，作为营利性社团法人的商事组织应当具备以下条件：（1）依法成立；（2）有必要的财产或者经费；（3）有自己的名称、组织机构和场所；（4）能够独立承担民事责任。如此，四项条件同时具备才具有独立的主体资格，具有法律主体所要求的权利能力和行为能力，才能够以自己的名义从事民商事活动，并以自己的财产独立承担责任。

独立承担民商法律责任是商事组织存在和发展的最终社会意义，也是其法人性的集中体现。笔者这里所说的商事组织主要是指公司法人组织。商事组织法关于法律责任的规定具有以下特点：

第一，责任主体以公司、股东、公司管理人员为主，同时涵盖其他有关人员。

第二，违法行为规定全面，涵盖了公司从设立到终止全过程的有关违法行为。我国新《公司法》对违反公司法应承担法律责任的行为作了较全面规定，如违反公司设立制度、公司资本制度，以诈欺方式设立公司，虚假出资、抽逃资金；违反公司财务会计制度，提供虚假财务会计报告，不依法提取法定公积金；违反公司合并分立制度，不依法进行债权人保护程序；违反公司清算制度，对资产负债表或财产清单作虚假记载或清偿债务前分配公司财产，清算期间开展与清算无关的经营活动，清算组不依法履行职责；违反资产评估、验证制度，提供虚假、遗漏报告，出具不实的资产评估结果、验资或验证报告；违反公司登记制度，登记机关不依法履行公司登记职责，公司不依法办理有关登记事项。

第三，责任形式以行政责任为主，同时涵盖了民商事责任和刑事责任。

《公司法》对违反公司法应承担的行政责任作了全面详细的规定。公司法规定的行政责任的方式有警告，责令改正，罚款，没收违法所得，撤销公司登记，吊销营业执照，吊销资格证书，责令停业，责令关闭，行政处分等。民商事责任和刑事责任主要通过其他民商事法律和刑事法律规定，公司法只是作了原则规定。关于民商事责任，《公司法》确定了民事赔偿优先于罚款、罚金的原则。新《公司法》第215条规定："公司违反本法规定，应当承担民事赔偿责任和缴纳罚款、罚金的，其财产不足以支付时，先承担民事赔偿责任。"《公司

法》还对董事、监事、高级管理人员违反忠实勤勉义务，损害公司利益时对公司应承担的赔偿责任作了规定。

（二）违反公司设立制度的责任

1.以欺诈方式设立公司的法律责任。公司违反《公司法》规定，虚报注册资本、提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实取得公司登记的，由公司登记机关责令改正，对虚报注册资本的公司处以注册资本金额5%以上15%以下的罚款；对提交虚假材料或者采取其他手段隐瞒重要事实的公司，处以5万元以上50万元以下的罚款；情节严重的，撤销公司登记或者吊销营业执照。

2.违法擅自设立外国公司分支机构的法律责任。外国公司违反公司法规定，擅自在中国境内设立分支机构的，由公司登记机关责令改正或者关闭，可以并处5万元以上20万元以下的罚款。

（二）违反正常开业的责任

公司成立后元正当理由超过6个月未开业的，或者开业后自行停业连续6个月以上的，由公司登记机关吊销营业执照。

（三）违反公司财务会计制度的责任

1.违法设立会计账簿的法律责任。公司违反公司法规定，在法定的会计账簿以外另立会计账簿的，由县级以上人民政府财政部门责令改正，处以5万元以上50万元以下的罚款。

2.提供虚假财务会计报告的法律责任。公司在依法向有关主管部门提供的财务会计报告等材料上作虚假记载或者隐瞒重要事实的，由有关主管部门对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以3万元以上30万元以下的罚款。

公司向股东或者社会公众提供虚假的或者隐瞒重要事实的财务会计报告，严重损害股东或者他人利益的，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处2万元以上20万元以下罚金。

3.不依法提取法定公积金的法律责任。公司不按照公司法规定提取法定公积金的，由县级以上人民政府财政部门责令如数补足应当提取的金额，并可以对公司处以20万元以下的罚款。

（四）违反公司变更制度的法律责任

1.公司变更时不依法进行债权人保护程序的法律责任。公司在合并、分立、减少注册资本时，不按照公司法规定通知或者公告债权人的，由公司登记机关责令改正，对公司处以1万元以上10万元以下的罚款。

2.不依法进行变更登记的法律责任。公司登记事项发生变更时，未按照公司法规定办理有关变更登记的，由公司登记机关责令限期改正；预期不登记的，处以1万元以上10万元以下的罚款。

（五）发起人、股东的责任

1.发起人对公司的损害赔偿责任。在公司设立过程中，由于发起人的过失致使公司利益受到损害的，发起人应当对公司承担赔偿责任。

2.股东对其他股东的违约责任。有限责任公司股东没有按期足额缴纳公司章程规定的所认缴的出资额的，除应当向公司足额缴纳外，还应当向已按期足额缴纳出资的股东承担违约责任。

（六）董事、监事、高级管理人员的责任

董事、监事、高级管理人员享有管理公司的权利，对公司承担忠实、勤勉义务。董事、监事、高级管理人员违反了公司法规定的忠实勤勉义务，应当承担相应的法律责任。董事、监事、高级管理人员的法律责任主要体现为给公司造成损害和侵犯公司利益时应承担的民商事责任和刑事责任。

1.给公司造成损害应承担的责任

董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损害的，应当承担赔偿责任。董事会的决议违反法律、行政法规或者公司章程、股东大会决议，致使公司遭受严重损失的，参与决议的董事对公司负赔偿责任。但经证明在表决时曾表明异议并记载于会议记录的，该董事可以免除责任。

2.侵犯公司利益应承担的责任

董事、监事、高级管理人员实施下列行为的，所得的收入应当归公司所有；给公司造成损害的，还应承担赔偿责任：

（1）挪用公司资金；（2）将公司资金以其个人名义或者其他个人名义开立账户储存；（3）违反公司章程的规定，未经股东会、股东大会同意或者董事会同意，将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保；（4）违反公司章程的规定或者未经股东会、股东大会同意，与本公司订立合同或者进行交易；（5）未经股东会、股东大会同意，利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务；（6）接受他人与公司交易的佣金归己；（7）擅自披露公司秘密；违反对公司忠实义务的其他行为。

十一、企业终止清算责任

（一）企业终止清算责任概说

公司企业一经终止便导致：经营管理与业务活动的终止，一切以企业名义进行的民商事行为便依法停止；终止的企业无论其是否具有企业法人资格，从其终止之日起就丧失了与他人建立民商法律关系，享有权利、履行义务、承担责任的主体资格，其民事权利能力和行为能力消灭；所有终止的企业都面临着企业财产的处置。

根据中国《公司法》等商事组织法及其一系列法规、条例的规定，企业终止的原因包括不能清偿到期的债务；资产不足以清偿到期的债务；明显缺乏清偿能力；有可能丧失清偿能力。

公司在进行清算时，不按照法律规定的时间和方式通知或者公告债权人的，以及公司在进行清算时，隐匿财产，对资产负债表或者财产清单作虚伪记载或者未清偿债务前分配公司财产的，责令改正，恢复公司财产原状，并对公司债权人承担相应的民商法律责任；清算组不按照法律规定向公司登记机关报送清算报告，或者报送清算报告中隐瞒重要事实或者有重大遗漏的，责令改正，因此对他人造成损失的，应承担损害赔偿责任；清算组成员利用职权衔私舞弊、谋取非法收入或者侵占公司财产的，责令退还公司财产、没收非法所得，若因此而给他人造成损失的，还应承担或连带承担损害赔偿责任。

（二）不履行债权人通知与告知义务的责任

公司进行清算时，不按照《公司法》规定通知或者公告债权人的，由公司登记机关责令改正，对公司处以1万元以上10万元以下的罚款。（《公司法》第205条第一款）

（三）隐匿财产、违法分配公司财产的责任

公司在进行清算时，隐匿财产，对资产负债表或者财产清单作虚假记载或者未清偿债务前分配公司财产的，由公司登记机关责令改

正，对公司处以隐匿财产或者未清偿债务前分配公司财产金额5%以上10%以下的罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以1万元以上10万元以下的罚款。（《公司法》第205条第二款）

公司在进行清算时，隐匿财产，对资产负债表或者财产清单作虚假记载或者未清偿债务前分配公司财产，严重损害债权人或者其他人利益的，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处2万元以上20万元以下罚金。（《刑法》第162条）

（四）开展与清算无关的经营活动的法律责任

公司在清算期间擅自开展与清算无关的经营活动的，由公司登记机关予以警告，没收违法所得。（《公司法》第206条）

（五）清算组及其成员的法律责任

1.清算组的法律责任

清算组不按照公司法规定向公司登记机关报送清算报告，或者报送报告隐瞒重要事实或者有重大遗漏的，由公司登记机关责令改正。（《公司法》第207条第一款）

2.清算组成员的法律责任

清算组成员利用职权衔私舞弊、谋取非法收入或者侵占公司财产的，由公司登记机关责令退还公司财产，没收违法所得，并可以处以违法所得1倍以上5倍以下的罚款。（《公司法》第207条第二款）

（六）资产评估机构、验资验证机构的法律责任

1.提供虚假证明的法律责任

承担资产评估、验资或者验证的机构提供虚假材料的，由公司登记机关没收违法所得，处以违法所得1倍以上5倍以下的罚款，并可以由有关主管部门依法责令该机构停业、吊销直接责任人员的资格证书，吊销营业执照。（《公司法》第208条第一款）

2.过失提供有重大遗漏报告的法律责任

承担资产评估、验资或者验证的机构因过失提供有重大遗漏的报告的，由公司登记机关责令改正；情节较重的，处以所得收入1倍以上5倍以下的罚款，并可以由有关主管部门依法责令该机构停业、吊销直接责任人员的资格证书，吊销营业执照。（《公司法》第208条第二款）

3.对债权人的赔偿责任

承担资产评估、验资或者验证的机构因其出具的评估结果、验资或者验证证明不实，给公司债权人造成损失的，除能够证明自己没有过错的外，在其评估或者证明不实的金额范围内承担赔偿责任。（《公司法》第208条第三款）

十二、船舶碰撞责任

（一）船舶碰撞的概念和构成

中国《海商法》第165条规定："船舶碰撞，是指船舶在海上或者与海相通的可航水域发生接触造成损害的事故。"中国《海商法》规定的船舶碰撞的构成要件如下：

第一，碰撞一般必须发生在船舶之间。碰撞的船舶，一方必须是除用于军事的或政府公务的船舶和20总吨以下的小型船艇以外的海船和其他移动式装置，他方必须是除用于军事的或政府公务的船舶以外

的任何船艇，包括海船、内河船、20总吨以下的小型船艇。O另外，中国《海商法》第170条规定了间接碰撞“船舶因操纵不当或者不遵守航行规章，虽然实际上没有同其他船舶发生碰撞，但是使其他船舶以及船上的人员、货物或者其他财产遭受损失，适用本章的规定。”

第二，碰撞必须发生在海上或与海相通的可航水域。“与海相通的可航水域”应指可供20总吨以上海船自由航行的通海水域。任何与海相通但不可航行水域发生的船舶碰撞，都不适用《海商法》关于船舶碰撞的规定。

第三，碰撞须有损害结果。船舶碰撞没有造成船舶及船上人员、货物或者其他财产损失的，不构成船舶碰撞。

第四，直接碰撞不以过失为要件。间接碰撞须以过失即操纵不当或者不遵守航行规章为要件。

（二）船舶碰撞种类

从碰撞的过错划分，船舶碰撞可分为两大类。

1.有过错的船舶碰撞

有过错的船舶碰撞，包括过失碰撞和故意碰撞。故意碰撞极为罕见。过失碰撞则是船舶碰撞的主要原因。过失碰撞又可分为：

（1）单方过失而引起的船舶碰撞。它是指船舶碰撞事故因一方的过失所致。单方过失碰撞多为在航船舶在港内航行时碰撞停泊船舶。

（2）双方或多方过失的船舶碰撞。它是指船舶碰撞事故由双方或多方的过失所致。根据《海商法》第169条第1款，过失可以分为：互有过失，各有主次；互有过失，程度相当；互有过失，比例无法判定。

在船舶碰撞法律中判断过失一般适用客观标准即有关人员是否尽到通常的技术和谨慎责任。驾驶船舶过失的尺度是，合格船员的良好船艺或航行规则。船员的管船过失的尺度是，合格船员是否已经合理谨慎行事和发挥应有技能。船东管船过失较广，包括是否提供适航船舶并保持其良好状态，其尺度是国际公约或国内法。

船舶碰撞的过失比例一般结合导致碰撞的各种因素确定。构成主要因素的为主要过失，构成次要因素的为次要过失。主要因素，是指构成碰撞紧迫局面的因素。次要因素，是指当紧迫局面已经形成，碰撞难以避免时，采取应急措施失当。

2.无过错的船舶碰撞

根据中国《海商法》第167条的规定，无过错的船舶碰撞，包括由于不可抗力、其他不能归责于任何一方的原因或无法查明的原因造成的船舶碰撞。

（1）不可抗力造成的船舶碰撞。它是指由无法预见、无法避免和无法克服的自然外力和社会因素，如台风、海啸、战争、暴乱等，导致的船舶碰撞他船。

（2）其他不能归责于任何一方的原因造成的碰撞，又称意外原因造成的碰撞。即除不可抗力以外的其他不能归责于任何一方的原因造成的船舶碰撞。也即自危险局面形成之前直至碰撞发生或行将发生为止的整个期间，船舶已恪尽职守，运用了良好船艺，未违反航行规则，但仍不能预见而避免潜在事件造成的碰撞。

（3）无法查明的原因造成的碰撞。是指船舶碰撞的真实原因，当事船舶双方不能举证证明，主管机关的调查和专家的鉴定也不能确定。这种情况下的碰撞极其罕见。

（三）船舶碰撞责任

1.过失碰撞责任

（1）单方过失碰撞责任。中国《海商法》第168条规定：“船舶发生碰撞，是由于一船的过失造成的，由有过失的船舶负赔偿责任。”由此如果船舶碰撞损害是由一船的过失造成的，依法由该有过失的船舶单独承担一切损害责任。

（2）互有过失碰撞责任。中国《海商法》第169条第1款规定：“船舶发生碰撞，碰撞的船舶互有过失的，各船按照过失程度的比例负赔偿责任；过失程度相当或者过失程度的比例无法判定的，平均负赔偿责任。”

此外，中国《海商法》还针对财产损失和人身伤亡规定了不同的赔偿责任。《海商法》第169条第2款规定：“互有过失的船舶，对碰撞造成的船舶以及船上货物和其他财产的损失，依照前款规定的比例负赔偿责任。碰撞造成第三人财产损失的，各船的赔偿责任均不超过其应当承担的比例。”《海商法》第169条第3款规定：“互有过失的船舶，对造成的第三人的人身伤亡，负连带赔偿责任。一船连带支付的赔偿超过本条第一款规定的比例的，有权向其他有过失的船舶追偿。”

2.无过失碰撞责任

中国《海商法》第167条规定：“船舶发生碰撞，是由于不可抗力或其他不能归责于任何一方的原因或者无法查明的原因造成的，碰撞各方互相不负赔偿责任。”据此，在无过失碰撞中，各船对碰撞损失互不负赔偿责任，由各受害方自行承担。

当原因无法查明与过失程度无法判定是不同的。前者是指无法判断各方是否有过失，是一方责任还是多方责任，即碰撞原因无从查起，属于加害船舶免责。后者则是指在肯定各船均有过失有责任的前提下，无法判断各自过失的大小或比例，属于过失比例责任。

3.船舶碰撞中船长的责任

中国《海商法》第166条规定："船舶发生碰撞，当事船舶的船长在不严重危及本船和船上人员安全的情况下，对于相碰的船舶和船上人员必须尽力施救。碰撞船舶的船长应当尽可能将其船舶名称、船籍港、出发港和目的港通知对方。"

（四）船舶碰撞损害赔偿

船舶碰撞事故发生后，最终要确定过失方损害赔偿问题，即过失方赔偿金额。由于《海商法》未明确规定赔偿的原则、范围和计算等，故应适用民法及其他海商法规的规定。

1.船舶碰撞损害赔偿原则

（1）恢复原状原则。恢复原状，就是损害赔偿应使受害方尽量接近受害事故发生前的状况。但是，对于碰撞造成的人身伤亡，不适用该原则。

（2）直接损失赔偿原则。据此原则，受害方只能追偿碰撞的立即的直接损害，包括可得利益损失，如本可赚得的运费等。但是，受害方不能追偿信赖利益损失，如因船舶碰撞后不能履行与他人的合同而导致的违约损失。

（3）受害方尽力减少损失原则。当船舶发生碰撞后，受害船舶作为一个谨慎的船舶所有人，应尽力采取合理措施，将损失控制在最小范围内。受害方不得索赔未合理减少而扩大的损失。

2.船舶碰撞损害赔偿范围与计算标准

船舶碰撞的损害赔偿，不仅包括船舶本身的损害赔偿，而且还包括船上所载货物、财产的损害赔偿，以及船上旅客和船员的人身伤亡

损害赔偿。

（1）船舶的损害赔偿。船舶损害赔偿分为全损赔偿与部分损害赔偿。船舶实际全损的赔偿范围为：船舶价值、船期损失、支付给第三人的赔偿、船员工资和遣返费用、利息、杂费。船舶推定全损的损害计算与实际全损基本相同，但在判定推定全损、残骸的打捞与检查、残骸的法律地位等方面有所差异。船舶部分损害的赔偿范围为：修理费及附带费和支付第三人的费用、净营利损失和维持费用。

（2）货物等船上财产的损害赔偿。船上财产损害赔偿范围包括：船上财产的灭失或者部分损坏引起的贬值损失；货物迟延交付所致损失；合理的修复费或处理费；合理的财产救助、打捞和清除费用、共同海损分摊；其他合理的费用；利息损失；期租承租人的燃油损失。

（3）人身伤亡的损害赔偿。在人身伤亡损害赔偿中，应贯彻财产损失包括医疗费、生活补助费、抚恤金和因伤害丧失的工资等全部赔偿的原则。同时，必须赔偿因碰撞导致的精神损失。而且，社会保险不能代替损害赔偿。伤亡者所在单位在处理事故中支出的有关费用，应纳入整个赔偿范围，由加害方赔偿。

---

1. 申卫星主编：《民法学》，北京大学出版社2003年版，第534页。
2. 王利明：《违约责任论》，中国政法大学出版社2003年版，第55—56页。
3. 王利明：《违约责任论》，中国政法大学出版社2003年版，第433—434页。
4. 参见樊成玮：《民商法律责任通论》，中国法制出版社2005年8月版，第211页。
5. 以上有关缔约过失责任的内容主要参见樊成玮：《民商法律责任通论》，中国法制出版社2005年8月版，第235—241页的内容。
6. 参见樊成玮：《民商法律责任通论》，中国法制出版社2005年8月版，第295~296页。
7. 参见樊成玮：《民商法律责任通论》，中国法制出版社2005年8月版，第339~340页。
8. 孔祥俊：《反垄断法原理》，中国法制出版社2001年版，第205页。

9. 同上注，第22页。
10. 刘春田主编：《知识产权法》，中国人民大学出版社2000年版，第320页。
11. 刘春田主编：《知识产权法》，中国人民大学出版社2000年版，第332页。
12. 参见樊成玮：《民商法律责任通论》，中国法制出版社2005年8月版，第365页。
13. 吴汉东主编：《知识产权法》，北京大学出版社2001年版，第290—291页。
14. 刘春田主编：《知识产权法》，中国人民大学出版社2000年版，第327页。
15. 参见樊成玮：《民商法律责任通论》，中国法制出版社2005年8月版，第373~374页。
16. 该部分关于商业保险责任的内容主要摘自于樊成玮：《民商法律责任通论》，中国法制出版社2005年8月版，第381~403页的内容。
17. 该部分票据责任内容主要参考樊成玮：《民商法律责任通论》，中国法制出版社2005年8月版，第412~424页的内容。

第三节 商事责任的追索途径

一、协商

协商就是在争议发生后，由各方当事人直接接触，进行磋商，从继续保持良好合作关系的愿望出发，本着互让互谅的精神，自行解决纠纷。这种方式是商事纠纷中最常见的解决方式。在协商过程中，各方当事人都作出一定的让步，在各自都认为可以接受的基础上，尽可能就责任的承担程度和方式进行谈判和解，达成一致，消弭纷争。

这种责任追索途径的特点，一方面它是解决民事争议最原始和最简单的方式，属于典型的自力救济，毋须经过仲裁或诉讼程序，可以省去仲裁或诉讼的麻烦和费用，而且气氛一般比较友好，灵活性也比较大，有利于双方的关系继续维持、巩固，通过相互友好协商的办法解决矛盾，更能使各方当事人在新的互谅基础上进一步合作发展。另一方面，民商事权利自身具有的可处分性的特点，也使得各方当事人在协商解决民事纠纷时相互作出让步，是否有必要及在多大程度上放弃自己的权利乃属法律赋予的权利。因此，在许多情况下，有良好基础和发展前景并互有诚意的各方，一般都愿意首先进行协商，宁愿作出一些让步，分担一点损失，使争议求得友好地解决。

一般来说，在各类民商事合同文件中，往往在有关争议解决条款中会公式化地表明：若因本合同的履行或相关问题发生争议，双方应进行友好协商。协商不成，任何一方面均有权向法院提起诉讼（或者有的合同选择申请仲裁）。问题就在于，这里约定的“友好协商”是否是必经程序？是不是未经“友好协商”就无权向法院起诉或向仲裁机构申请仲裁？未经“友好协商”径行起诉或者申请仲裁是否违约？

对于此问题，笔者认为，这里约定的“友好协商”更主要是表明各方当事人诚信意愿，即使是各方当事人将友好协商约定为必经程序，也是自力救济程序而不是法定程序。而这一自力救济程序没有强制性，更不能以双方当事人自行“友好协商”与否来限制和剥夺各民商法律关系主体依法享有的诉权或仲裁请求权。况且，在协商没有结果之前，当事人往往是面洽谈判、电话协商等停留在口头上，任何一方当事人否认有过协商就很难举证。

因此，笔者认为，在起草《商法通则》时，可参考如下意见：因合同的履行及其相关问题发生的争议时，双方应进行友好协商。但无论是否协商，以及协商是否有结果，都不影响任何一方依法向有管辖权的法院起诉，或者选择向约定的仲裁机构申请仲裁。

二、调解

调解，是指由第三者组织和主持，依据一定的的道德原则、商业惯例和法律规范，对发生争议的各方当事人进行居中斡旋，使之达成谅解和让步，从而消除争端的一种责任追索途径。调解分为案内调解和案外调解，均是以当事人各方自愿为前提。案内调解是仲裁机构或者法院在审理案件过程中，经双方当事人同意而主持双方调解，并尽力促成通过和平友好的途径确定责任承担，化解纷争的举措。案内调解并不是诉讼或仲裁的必经程序，但一旦经法官或者仲裁员调解成功并制作了《调解书》，即具有与判决书或者裁决书同等的强制执行效力。因此，严格地讲，案内调解属于仲裁或诉讼问题。而案外调解（有人又称之为审判外调解、非诉讼调解）乃是由仲裁机构或者法院以外的经双方同意的其他机构或者专业人士作为调解人，从中解释、协调、磋商，促成双方达成和解协议，但这种和解协议不具有强制力，不可作为向法院申请强制执行的依据，只能靠当事人自愿履行。若履行不能则就此引发诉讼或仲裁。此种调解一般都是协商的产物，

但比之单纯的协商更规则化和正式化，一般情况下都是由律师作为调解人，主要是根据当事人的委托和请求，在查明事实、分清责任、双方自愿，且不违反国家法律原则、法规精神和不损害当事人利益的前提下，促成当事人双方达成谅解，就民商事纠纷的具体解决措施取得一致意见，自行解决的方法。这种调解方式可以提高民商事纠纷解决效率，减轻当事人仲裁或诉讼负担。因此，笔者建议，在制定《商法通则》时可以将调解列为商事责任的追索途径之一。

三、仲裁

仲裁是指民商事活动的当事人依据争议发生之前或者争议发生后所达成的仲裁协议，自愿将争议交付给独立的第三方即仲裁机构，由其按照法定的程序和一定的规则进行审理，并由国家法律保障其行使裁决职能，且裁决具有法律强制力的公断行为，裁判活动。根据中国《仲裁法》的规定，中国仲裁机构称为仲裁委员会，仲裁委员会可以在直辖市和省、自治区政府所在地的市设立，也可以在其它设区的市设立，不按行政区划层层设立。此外，还有中国国际经济贸易仲裁委员会（下设华南分会、上海分会）和中国海事仲裁委员会两个专门仲裁机构。仲裁越来越成为人们选择用以解决民商事纠纷的重要途径，在当今利益主体多元化的市场经济中扮演越来越重要的角色。

所以，笔者建议，在未来的《商法通则》中应当将仲裁列为商事责任的追索途径之一。

四、诉讼

诉讼，是指法院在双方当事人和其他诉讼参与人的参加下，按照法定程序和方式，审理和解决民商事纠纷的活动，以及由这些活动所发生的诉讼关系。它是自然人、法人和其他组织在其民事权益受到不

法侵害或者与他人发生其它争议时，而向国家寻求公力救济，请求司法保护的一种权利，依据程序法和实体法而体现为诉权。当事人依据依法享有的诉权，可就其因民事权利义务关系与他人发生争议而向法院提出予以司法保护，追究他人法律责任的诉讼请求。其诉求在不同的诉讼程序环节中表现为起诉之诉、反诉之诉、上诉之诉、再审之诉；根据实体上的目的和内容不同，可分为确认之诉、给付之诉、变更之诉等。

根据诉讼的性质及其在解决民商事纠纷中所具有的独特的、无法替代的、最具权威性和国家强制性的极其重要的地位，自然应当与协商、调解、仲裁等一起共同成为未来的"商法通则"中应当将仲裁列为商事责任的追索途径之一，并且还可以承担起最后一道权利保障屏障的神圣使命。

附录：《中华人民共和国商法通则》草案建议稿

《中华人民共和国商法通则》草案建议稿

第一章 总则

第一条 为了保障商主体的合法的商事利益，正确调整商事关系，根据宪法和我国的实际情况，制定本法。

第二条 中华人民共和国商法调整商主体间一切与商行为有关的财产关系。

第三条 商主体在商行为中的地位平等。

第四条 商行为应当遵循交易自由、自愿、便捷、公平、诚实信用的原则。

第五条 商主体的合法权益受法律保护，任何组织和个人不得侵犯，国家依法确保商事交易的安全。

第六条 商行为必须遵守法律。

第七条商行为不得损害社会公共利益，扰乱社会经济秩序。

第八条 向人民法院请求商事权利的诉讼期间，依照《中华人民共和国民法》的规定，部分商事纠纷适用短期诉讼时效和特殊诉讼时效。

有关特殊诉讼时效的规定，依照相关法律的规定。

第九条 在中华人民共和国领域内的商行为，适用中华人民共和国法律，法律另有规定的除外。

本法关于商主体的规定，适用于在中华人民共和国领域内的外国人、无国籍人，法律另有规定的除外。

第二章 商主体

第一节 总则

第十条 商主体，是指依法律规定以自己的名义直接从事商行为，享受权利和承担义务的个人和组织。

第十一条 商主体包括商事法人、商事合伙、商事个人和商事辅助人。

第十二条 未成年人或者限制行为能力人从事商行为须经法定代理人同意，并在法定代理人监护之下从事商行为。

第十三条 依据法律规定需要进行商事登记后才能够从事商行为的，依其相关规定。

第十四条 本法中有关商事人格权、商业账簿、商业登记的规定，不适用于部分商事个人。

第二节 商事法人

第十五条 商事法人是指按照法定构成要件和程序设立的，拥有法人资格，参与商事法律关系，依法独立享有权利和承担义务的经济组织。

第十六条 商事法人包括国有商事法人、集体商事法人、私营商事法人、外商投资商事法人和其他形式的商事法人。

第十七条 国有商事法人包括依据《中华人民共和国全民所有制工业企业法》设立的经济组织和依据《中华人民共和国公司法》设立的国有独资公司。

第十八条 集体商事法人是指以市场资料的劳动群众集体所有为基础而设立的独立的经济组织。

第十九条 集体商事法人包括依法设立的城镇集体企业、乡镇集体企业、乡村集体企业和农民专业合作社。

第二十条 私营商事法人是指由私人投资经营，其中私人资本超过商事法人总额50%的经济组织。

第二十一条 外商投资商事法人是指外国投资者依据中华人民共和国法律的规定，在中华人民共和国境内单独出资或与中华人民共和国投资者共同出资设立的经济组织。

第二十二条 外商投资商事法人包括中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业。

第二十三条 其他形式的商事法人是指上述各类形式的商事法人之外的，依法设立的、具有独立法人资格、独立经营、独立承担责任的商业银行、外资银行和其他非银行金融机构。

第二十四条 商事法人的设立应遵守有关的法律规定。

第三节 商事合伙

第二十五条 商事合伙是指两个以上的民事主体基于合伙协议的安排而共同投资、共同经营、共同收益、共负盈亏的经济组织。

第二十六条 商事合伙的设立、经营应遵守有关的法律规定。

第四节 商事个人

第二十七条 商事个人是指以营利为目的从事商行为的自然人。

第二十八条 商事个人从事商行为须具有权利能力和行为能力。无行为能力或者限制行为能力的个人从事商行为，应当由其法定代理人代理。

第二十九条 个体工商户、个人独资企业须依法设立和登记。

第三十条 自由商人无须登记，但必须遵守相关的法律、法规。

第五节 商事辅助人

第三十一条 商事辅助人是指辅助商主体从事经营之人。

第三十二条 商事辅助人的代理、居间、行纪行为必须遵守法律的规定。

第三十三条 商主体可以自由选任经理使其从事营业。

第三十四条 商业使用人可以代替业主进行与营业相关的诉讼中或诉讼之外的一切商行为。

第三十五条 商业使用人做出的意思表示，对业主发生效力。

第三十六条 商业使用人未经业主同意，不得为自己或者为第三人进行属于业主领域内的交易。

第六节 商事人格权

第三十七条 商主体的商号权、商誉权和形象权受法律保护，任何个人和组织不得侵犯。

第三十八条 商主体可以以其姓名或者其他名称决定其商号。

第三十九条 在同一商业上必须使用单一商号。

在同一地区或区域内不得在同种营业中登记他人已登记的商号。

第四十条 禁止使用足以使他人误认主体的商号。

第四十一条 允许他人使用自己的商号进行营业的商主体，对足以误认自己为业主而进行交易的第三者，应与该他人共同承担连带责任。

第四十二条 商号，只有在废止营业时，或者和营业一并进行时，方可转让。

商号的转让，未经登记不得对抗第三人。

第四十三条 商号的登记人，若无正当理由两年内不使用其商号时，视为该商号已被废止。

第四十四条 在废止或者变更其商号的情形下，若该商号登记者在两年内不进行商号的变更或废止登记，利害关系人则可以请求注销该登记。

第三章 商行为

第一节 总则

第四十五条 依法律所规定的商主体以营利为目的从事的下列行为，称为商行为：

（一）动产、不动产、有价证券及其他财产的买卖；

（二）动产、不动产、有价证券及其他财产的租赁；

（三）与制造、加工或者修缮有关的行为；

（四）与电、电波、煤气（天然气）或者供水有关的行为；

（五）承揽作业或者劳务；

（六）与出版、印刷或者摄影有关的行为；

（七）与广告、通信或者信息有关的行为；

（八）信贷、票据及其他金融交易行为；

（九）以提供服务、招徕顾客为目的而设置的场所上的行为；

（十）兑换及其他银行交易；

（十一）承担商行为的代理；

（十二）与居间有关的行为；

（十三）寄卖及其他中介的行为；

（十四）承接保管；

（十五）承接信托；

（十六）承接运输；

（十七）保险；

（十八）有关采矿或者取土行为；

（十九）有关机械、设施及其他财产的物融行为；

（二十）有关不动产、设施的开发、建筑行为；

（二十一）与商号、商标等使用许可有关的营业行为；

（二十二）关于营业上的债权买入、回收等行为；

（二十三）其他与营业相关的行为。

从事劳务者和国家公务、军事的行为不属于商行为。

第四十六条 商主体为营业而进行的行为，视为商行为。

商主体的行为，推定为是为了营业而进行的行为，视为商行为。

第四十七条 在商主体之间有金钱的消费借贷关系时，贷款人可以请求支付法定利息。

商主体在其营业范围内，为他人垫付金钱时，可以请求支付自垫付之日起的法定利息。

第四十八条 商主体在其营业范围内为他人进行某种行为时，可以请求支付相应的报酬。

第二节 代理商

第四十九条 代理商，是指作为非商业使用常代理或者居间不属于其营业范围内的交易者。

第五十条 因商行为的委托而产生的代理权，不因本人死亡而消灭。

第五十一条 代理商未经商主体本人的许可，不得为自己或第三人进行属于本人营业种类的交易。

第五十二条 受委托卖出物品或者卖出物品的代理商，有权接受有关买卖标的物的瑕疵或者短量及其他有关买卖的履行的通知。

第五十三条 因交易的代理或者中介而发生的债权到期而未受偿时，代理商为了本人可以将已占有的物品或者有价证券留置至清偿时止。但是，当事人之间另有约定时除外。

第五十四条 即使合同已终止，代理商仍应保守与合同有关的本人营业中的秘密。

第三节 居间

第五十五条 居间人，是指以他人之间的商行为的居间为业的人。

第五十六条 居间人享有因从事居间活动而获取佣金的权利。

第五十七条 居间人不能就其所居间的行为为当事人受领支付及其他的履行。但是，若另有约定或者习惯，则除外。

第五十八条 与居间有关收领样品时，居间人应将此样品保管至该居间行为结束时止。

第五十九条 若当事人已经签好契约，居间人应将记载当事人各方是姓名或者商号、合同年月日及其要点的文书，经签章或者署名后交付给当事人各方。

第六十条 居间人不以自己的名义，也不以他人的名义与他人缔结契约。

第六十一条 居间人不承受缔约双方因缔约而产生的法律后果。

第六十二条 居间人不依附于缔约的任何一方。

第六十三条 居间人应以自己的名义代为订约并代为履行，同时对委托人负有保密义务。

第六十四条 居间人若未终结居间程序，不得请求支付报酬。

居间人的报酬由双方当事人平均负担。

第四节 行纪

第六十五条 行纪人，是指以自己的名义为他人购买或销售货物、有价证券的人。

不动产的买卖不属于行纪行为。

第六十六条 行纪人以自己的名义通过为委托人所进行的买卖，直接对对方取得权利并承担义务。

第六十七条 在委托人与行纪人之间的关系上，或者在委托人与行纪人的债权人之间的关系上，将行纪人自委托人处得到的物品或者有价证券或者因行纪而取得的物品、有价证券、债权，视为是委托人的所有或者委托人的债权。

第六十八条 行纪人办理被委托的买卖之后，应迅速地通知委托人该合同的要点及对方的住所、姓名，并提出计划书。

第六十九条 在为委托人所进行的买卖中，若对方不履行债务时，行纪人应承担向委托人履行其债务的责任。但是，另有约定或者习惯的除外。

第七十条 在买卖过程中，即使以低于委托人指定的价格卖出或者以高于指定的价格买入，若行纪人承担其差价，仍对委托人由效力。

在以高于委托人指定的价格卖出或者廉价买人时，若另无约定，则应归结于委托人的利益。

第七十一条 行纪人所受托的物品的买卖，若属于交易所由行价的物品的买卖时，可直接成为该买卖中的卖出人或者买入人。在此情形下，买卖价款以行纪人发出买卖通知时的交易所的行价为准。

在前款情形下，行纪人可以请求委托人支付报酬。

第七十二条 行纪人接收委托买卖的标的物之后，若发现由损坏或者瑕疵时，或者有腐坏之虞时，或者已知价格下跌的商情时，应立即通知委托人。

在前款之情形下，若无法得知委托人的指示或者迟延指示时，行纪人为了委托人的利益可以作出适当的处分。

第五节 运输代办

第七十三条 运输代办人，是指以自己的名义，将代办货物运输为其营业者。

第七十四条 运输代办人，如未能证明自己或者使用人关于运输货物的接收、交付、保管、选择承运人或者其他运输代办人及其他运输业务上已尽到注意义务，则不得免除因运输货物的灭失、损坏或者延误而产生的损害赔偿责任。

第七十五条 若另无约定，运输代办人可以直接运输货物。在此情形下，运输代办人与承运人的权利义务相同。

若运输代办人应委托人的请求填发取货凭证，则视为直接运输。

第七十六条 数人依次代办运输时，后一顺序的代办人承担替前一顺序的代办人行使权利之义务。

在前款情形下，若后一顺序的代办人向前一顺序的代办人清偿，则取得前一代办人的权利。

在前两款的情形上，若运输代办人向承运人清偿，则取得承运人的权利。

第七十七条 运输代办人将物品交付给承运人时，可以立即请求支付报酬。

第七十八条 运输代办人仅就有关运输货物的报酬、运费及其他垫付款或者先付款，才可以留置该运输货物。

第七十九条 运输代办人的责任，自收货人领取运输货物之日起经过1年，因时效而消灭。

前款期间，在运输货物全部灭失的情形下，应从交付该货物之日起计算。

第八十条 运输代办人对委托人或者收货人的债权的诉讼时效，为自收货人领取运输货物之日起经过1年。

第六节 承运

第八十一条 承运人是指在陆上或者是江、湖、内河、港湾以货物或者旅客运输为业者。

第八十二条 托运人根据承运人的请求交付运单。

运单上应记载下列事项，并由托运人签章或者署名：

（一）运输货物的种类、重量或者容积及其包装的种类、件数、标记；

（二）到达地；

（三）收货人与承运人的姓名或者商号，营业场所或者住所；

（四）运费及支付方式（预付或者货到付款）；

（五）运单的填发地及填发年月日。

第八十三条 托运人虚假或者不正当地填发运单时，应向承运人承担因此而产生的损害赔偿责任。

承运人为恶意时，不适用前款之规定。

第八十四条 承运人根据托运人的请求交付取货凭证。

取货凭证上应记载下列事项，并由承运人签章或者署名：

（一）第八十条第二款第一至第三项的事项；

（二）托运人的姓名或者商号，营业场所或者住所；

（三）运费及其他有关运输货物的费用及支付方式（预付或者货到付款）。

（四）取货凭证的填发地及填发年月日。

第八十五条 在已填发取货凭证的情形下，若不提示此凭证则不得请求交付货物。

第八十六条 取货凭证即使是记名式的，也可以背书转让。但是，取货凭证上禁止背书之记载时除外。

第八十七条 在填发取货凭证的情形下，有关运输的事项，在承运人与持有人之间应按照取货凭证来处理。

第八十八条 填发取货凭证之后，有关运输货物的处分应根据取货凭证办理。

第八十九条 根据取货凭证将取货凭证交付给可收取运输货物者时，关于其在运输货物之上行使的权利的取得具有与交付运输货物同等的效力。

第九十条 全部或者部分运输货物非因托运人的责任事由而灭失时，承运人不得请求支付运费。承运人已收取的全部或者部分运费的，应予以退还。

全部或者部分运输货物因其本身的属性或者瑕疵或者因托运人的过失而灭失时，承运人可以请求支付全部运费。但承运人应承担过错责任。

第九十一条 承运人未经证明自己或者运输代办人及其使用人、其他为了运输而使用的人，有关运输货物的领取、交付、保管、运输已尽到注意义务，则不得免除因运输货物的灭失、损坏或者延误而产生的损害赔偿责任。

关于货币、有价证券及其他贵重物品，只有在托运人明示其种类及价值时，承运人才承担偿损失的责任。

第九十二条 运输货物全部灭失或者延误时，其损害赔偿额应按照拟交付日的到达地的价格来决定。

运输货物部分灭失或者损坏时，其损害赔偿额应按照交付日的到达地的价格来决定。

因承运人的故意或者重大过失引起运输货物的灭失、损坏或者延误时，承运人应赔偿全部损失。

因运输货物的灭失或者损坏无须支付的运费及其他费应，当从前三款之赔偿额中扣除。

第九十三条 数人依次运输时，各承运人对运输货物的灭失、损坏或者延误承担连带赔偿责任。

一名承运人已根据前款规定赔偿损失时，该运输人享有对该损失造成者求偿的权利。

在前款的情形下，若无法确定造成该损失的承运人，则应按照运费的比例分担。但是能够证明该损失未在自己的运输区间内所发生时，不承担损失分担的责任。

第九十四条 托运人或者持有已填发的取货凭证人可以请求承运人停止运输、返还运输货物或者其他处理。在此情形下，承运人可以请求支付按已运输的比例计算的运费、垫付款及因处理而支付的费用。

第九十五条 运输货物已到达到达地时，收货人取得与托运人相同的权利。

运输货物至到达地后收货人请求交付货物时，收货人的权利优先于托运人的权利。

第九十六条 收货人收取运输货物时，承担向承运人支付运费及其他运输中所发生的费用、垫付款的义务。

第九十七条 不能知道收货人时，承运人可以提存运输货物。

在前款的情形下，承运人催告托运人指示在一定期间内对该运输货物进行处理，而在该期间内未下指示时可以拍卖运输货物。

承运人根据第1款及第2款的规定提存、拍卖运输货物之后应立即通知托运人。

第九十八条 前条规定准用于收货人拒收或者无法收取运输货物的情形。

承运人进行拍卖时，先向托运人催告之前应催告收货人在一定期间内收取运输货物。

第九十九条 托运人、取货凭证持有人及收货人不明时，承运人应规定6个月的期间，公告权利人应在该期间内主张权利。

第1款公告，须在指定的报刊上刊登三次以上。

承运人已根据第1款及第2款之规定进行了公告，而在该期间内又无人主张权利时，可拍卖该运输货物。

第一百条 旅客承运人未经证明自己或者其使用人关于运输己尽到注意义务、则不得免除赔偿旅客因运输所遭受的损害的责任。

第一百零一条 关于旅客交付托运的行李，即使承运人不收运费也应承担与货物承运人相同的责任。

从托运行李至到达地之日起经过10日，旅客未请求交付时，承运人可以提存、拍卖运输货物。但若旅客住所或者居所不明时，无须进

行通知与催告。

第一百零二条 对于未交付托运的行李的灭失或者损坏，除非旅客承运人或者使用人有过失，承运人不承担损害赔偿的责任。

第七节 公共服务

第一百零三条 公共服务人，是指以剧场、旅馆、餐馆及其他众客集中的设施的交易为业者。

第一百零四条 公共服务人对其经营的服务场所负有安全保障义务。

第一百零五条 公共服务人对服务场所的安全保障义务的具体内容包括：

（一）因设施设备违反安全保障义务；

（二）因服务管理违反安全保障义务；

（三）因防范制止侵权行为违反安全保障义务；

（四）因对特殊主体违反安全保障义务；

（五）因殆于救助被侵权行为损害的主体，违反安全保障义务。

第一百零六条 公共服务人对客人寄存的物品的灭失或者损坏，未经证明是由不可抗力所引起的，则不得免除其赔偿责任。

公共服务人虽未接收客人寄存的物品，只要在其设施内客人携带的物品因自己或者其使用人的过失发生灭失或者损坏时，对此应承担损害赔偿责任。

即使已告知对客人的携带物品不承担责任，公共服务人也应承担前两款的责任。

第一百零七条 对货币、有价证券及其他贵重物品，若客人寄存时未表明其种类及价值，公共服务人则不承担因该物品的灭失、损坏所产生的损害赔偿责任。

第八节 仓储

第一百零八条 仓储业者，是指以在仓库里保管他人的物品为业者。

第一百零九条 仓储业者应根据寄存人的请求交付仓单。

仓单上应记载下列事项，并由仓储人签章或者署名：

（一）寄存物的种类、品质、数量、包装的种类、件数及标记；

（二）寄存人的姓名或者商号、营业场所或者住所；

（三）保管场所；

（四）保管费；

（五）约定有保管期间时，该期间；

（六）寄存物已加入保险时，其保险金额、保险期间及保险人是姓名或者商号、营业场所或者住所；

（七）仓单的填发地及填发年月日。

第一百一十条 本法第八十三条至第八十七条规定，准用于仓单。

第一百一十一条 仓单持有人可以请求仓储业者分割寄存物并交付对每一分割部分的仓单。

根据前款规定进行寄存物的分割及交付仓单所需费用应由仓单持有人负担。

第一百一十二条 凭仓单在寄存物上设质时，若有质权人同意，寄存人可以请求部分返还未到偿还期的寄存物。在此情形下，仓储业者应在仓单上记载已返还的寄存物的种类、品质、数量。

第一百一十三条 仓储业者，未经证明自己或者使用人关于保管的寄存物已尽到注意义务，则不得免除因寄存物的灭失或者损坏而产生的损害的赔偿责任。

第一百一十四条 寄存人或者仓单持有人在营业时间内，可以随时要求仓储业者检查寄存物或者抽取样品，或者可以进行其保存所需的必要的处分。

第一百一十五条 仓储业者在所保管的物品出库之前不得请求支付保管费及其他费用、垫付款。但是，保管期间已届满，即使未出库也可请求支付。

一部分寄存物出库时，仓储业者可按比例请求支付保管费及其他费用、垫付款。

第一百一十六条 当事人未定保管期间时，仓储业者自保管物入库之日起6个月以后，可以随时返还寄存物。

在前款情形下，返还寄存物时应提前两周进行预告。

第一百一十七条 出现不得已事由时，仓储业者可以不受前条之规定的限制随时返还寄存物。

第一百一十八条 因寄存物的灭失或者损坏而产生的仓储业者的责任，自寄存物出库之日起经过1年，因时效而消灭。

在寄存物全部灭失的情形下，前款之期间从向寄存人及已知的仓单持有人发出该灭失之通知之日起计算。

前两款之规定，不适用于仓储业者或者其使用人为恶意时。

第一百一十九条 仓储业者对其寄存人或者仓单持有人的债权，自该物品出库之日起经过1年未行使，则因时效而消灭。

第四章 商业登记

第一百二十条 依照本法必须进行登记的事项，根据当事人的申请，应在其营业所所在地的相关部门的商业登记簿上进行登记。

第一百二十一条 须在总公司所在地进行登记的事项，若另无规定，也应在分公司所在地进行登记。

第一百二十二条 须经登记的事项，若未经登记，则不得以此对抗善意的第三人。

虽已登记，但是第三人有正当理由未知晓时，亦同。

第一百二十三条 未在分公司所在地进行须经登记的事项的登记时，前条之规定，只适用于该分公司的交易上。

第一百二十四条 因故意或者过失进行不符事实的事项的登记者，不得以此对抗善意的第三人。

第一百二十五条 已登记的事项，若发生变更或者消灭事由时，当事人应当立即进行变更或者消灭登记。

第一百二十六条 有关商业登记的具体规范，可由国家相关的法律另行规定之。

第五章 商业账簿

第一百二十七条 为明确营业上的财产及损益状况，商主体应当制作会计账簿及资产负债表。

制作商业账簿，应按照本法及《中华人民共和国会计法》的规定及公正、妥当的普通的会计惯例来处理。

第一百二十八条 会计账簿，应记载有关交易及其他影响营业上的财产的事项。

商主体于开业时及一年一次，在一定时期；公司于其成立时及每一决算期，应根据会计账簿制作资产负债表，并由制作者在表上签章或者署名。

第一百二十九条 商主体应当将其商业账簿及有关营业的重要文件，保存10年。但是，发票及类似的单据应保存5年。

在商业账簿上的前款的期间，应从闭锁之日起计算。

前款之账簿及文件，可以用软盘或者计算机情报处理系统中储存。

按照第3款的规定保存账簿及文件时，就其保存方法及其他必要事项，依相关法律规定处理。

第六章 商事责任

第一节 一般规定

第一百三十条 商事责任是指商事法律关系的平等主体各方，在商事活动中拒不履行法定和约定义务，或者做出法律或商事合同所禁止的行为，并且具备了违法、违约行为构成的要件而应承担的相应的法律责任后果及依法应予制裁的措施。

商主体违反合同或者不履行其他义务的，应当承担商事责任。

商主体由于过错侵害国家、集体、公民个人的财产，应当承担商事责任。

没有过错，但法律规定应承担商事责任的，应当承担商事责任。

第一百三十一条 因不可抗力不能履行法定和约定义务或者造成他人财产损失的，不承担商事责任，法律另有规定的除外。

第一百三十二条 对承担商事责任的商主体需要追究行政责任的，应当追究其行政责任；构成犯罪的，对商主体的法定代表人或者主要责任人应当追究其刑事责任。

第二节 商事责任的种类

第一百三十三条 商事合同当事人因不履行合同或者履行合同不符合约定条件而违反合同义务所引起的法律后果，依法应当承担违约的商事责任。

违约责任在内容上主要是一种财产责任，具体表现为支付违约金、赔偿损失和继续履约。

第一百三十四条 在合同订立过程中，当事人一方或双方因故意或过失违背其基于诚实信用原则所产生的附随义务即先合同义务，致使合同不成立，或被确认无效或者被撤销，由此给确信该合同能够成立

的当事人造成损失时，过错方依法应承担因缔约过失的损害赔偿责任。

第一百三十五条 当债务人逾期不履行约定的债务或其他约定义务，债务的担保人或者保证人，应以其提供的抵押物、质押物、定金充抵债权的部分或全部，依法承担一般或连带的保证责任。

第一百三十六条 产品制造者、销售者以及其他相关当事人对产品的生产、制造、设计、加工有缺陷，或者销售质量不合格的产品以及违反产品质量义务，造成他人人身或缺陷产品以外的财产损害，依法应承担侵权的商事责任。

该责任属于法定责任，绝对责任，乃是生产者、销售者与受害人之间的因产品质量缺陷而产生的人身和财产关系。

第一百三十七条 自然人、法人或其他组织等任何主体，凡侵犯他人依法享有的专利权、商标权以及商业秘密等知识产权，造成权利人财产上损失的损害，侵权人应承担赔偿损失的商事责任。

其损害赔偿的范围则是因侵犯知识产权行为造成权利人现有财产的减少、丧失和未来可得利益的减少、丧失之全部财产权益损失，包括直接损失和间接损失。

第一百三十八条 经营者违反公平竞争的法律规定，以假冒、虚伪表示、商业诽谤，侵犯商业秘密均不正当手段损害其他经营者的合法权益，扰乱社会经济秩序，应承担不正当竞争的商事责任。

第一百三十九条 投保人根据合同约定，向保险人支付保险费，保险人对于合同约定的可能发生的事故因其发生所造成的财产损失应当承担赔偿保险金责任。

当被保险人死亡、伤残、疾病或者达到合同约定的年龄、期限时，保险人应当承担给付保险金的商事责任。

保险责任包括人身保险责任、财产保险责任和责任保险责任。

第一百四十条 当票据当事人的权利受到侵害或阻碍时，票据侵权责任人应承担相应的商事责任。

该责任包括票据出票责任、背书责任、票据承兑责任、保证责任、付款责任。

第一百四十一条 证券市场的参与者、管理者违反法律、法规，在从事证券的发行、交易、管理或者其它他相关活动中，实施扰乱证券市场秩序，侵害投资者合法权益行为应承担商事责任。

该责任包括证券市场虚假陈述责任和证券市场内幕交易责任。

第一百四十二条 商事组织在经营活动中违反商事组织法的相关规定，侵害相对人的合法权益应承担相应的商事责任。

第一百四十三条 公司在进行清算时，不按照法律规定的时间和方式通知或者公告债权人的，以及公司在进行清算时，隐匿财产，对资产负债表或者财产清单作虚伪记载或者未清偿债务前分配公司财产的相关责任人应当承担相应的商事责任。

该责任包括：

（一）清算组不按照法律规定向公司登记机关报送清算报告，或者报送清算报告中隐瞒重要事实或者有重大遗漏的，因此对他人造成损失；

（二）清算组成员利用职权衔私舞弊、谋取非法收入或者侵占公司财产。

第一百四十四条 船舶在海上或者与海相通的可航水域发生接触造成损害的，相关责任方应承担相应的商事责任。

第三节 承担商事责任的方式

第一百四十五条 承担商事法律责任的方式主要有：

（一）停止侵害；

（二）返还财产；

（三）恢复原状；

（四）修理、重作、更换；

（五）赔偿损失；

（六）支付违约金；

（七）消除影响、恢复名（商）誉。

以上承担商事责任的方式，可以单独适用，也可以合并适用。

人民法院审理商事案件，除适用上述规定外，还可以予以训诫、责令具结悔过、收缴进行非法经营活动的财物和非法所得，并可依照法律规定处以罚款、拘留。

第四节 商事责任的追索途径

第一百四十六条 在商事活动中，一方当事人的商事权利和相关利益受到实际的损害或将要受到损害时，当事人可以采取协商、调解、

仲裁和诉讼的方式，追索损失或者追究侵害方的责任。

第七章 附则

第一百四十七条 本法未规定的有关商主体及其他有关买卖、抵销、合伙、代理、担保、拍卖、招标、投标、特许经营、信托、保险、海商等商行为的规定，可以同时适用《中华人民共和国民法》及其他相关商事单行法的规定。

第一百四十八条 本法自 年 月 日起施行。

二○○八年一月二十日完稿于北京

（该书稿于2008年4月由知识产权出版社出版）